

# WILHELMI LUDWELL JCTI, ET PROFESSORIS NORICI TRACTATUS DE ULTIMIS VOLUNTATIBUS

ADJECTUS EST COMMENTARIUS AD

LIBRI SEXTI CODIC. TIT. DE SUIS ET LEGITIM. LIBER. ETC. ET SEQQ.

CUM INDICE RERUM ET VERBORUM LOCUPLETISSIMO.




ALTDORPHI

Typis & Sumptibus GEORGI HAGEN Universitatis Typographi.

Prostat apud JOHANNEM TAUBER, Bibliopol. Norimberg.

ANNO cIↄ Iↄc LIX.

*SERENISSIMO ET POTENTISSIMO ELECTORI SAXONIÆ &c. &c. à CONSILIIS INTIMIS &c.*

# ILLUSTRIBUS, MAGNIFICIS ET GENEROSISSIMIS DOMIMIS

# DOMINO HENRICO ET DOMINO CAROLO, LIBERIS BARONIBUS A FRIESEN &c. &c.

## DOMINIS MEIS GRATIOSIS

NEminem vel mediocriter in Jure versatum latere arbitror, quanta Materiæ successionum sit difficultas, quanta utilitas, quanta necessitas. Difficultas enim abunde vel ex solo Jure adcrescendi colligitur, quod unum ex difficillimis & subtilissimis Juris nostri Capitibus esse scribit Vult. ad §. fin. Inst. de donat. adeò ut nulla sit in toto Jure spinosior aut magis perplexa disputatio secundum Hotom. illustr. q. 44. Difficultatem autem hanc summa vincit utilitas, non tantum quoad heredes, fideicommissarios, legatarios &c. quibus non rarò amplæ hereditates, legata & fideicommissa deferuntur; sed etiam quoad ipsos JCtos, qui uberrimos exinde fructus interdum percipiunt. Testis est Jason.; qui refert, Raphaelem Cumanum ex Baldo audivisse, quod de materia substitutionum consulendo 15000. Ducatorum consecutus fuerit. Deniq; pernecessariam eandem esse, tum lites quæ quotidie de successionibus in foro moventur, tum prolixi hac de re tractatus Fernandi Vasquii, Valentini Forsteri & aliorum, nec non consultationes, decisiones & Consilia magnorum Virorum luculenter probant. Hisce & similibus ego permotus causis, ante años circiter duodecim tractatum de ULTIMIS VOLUNTATIBUS, eoq; absoluto Commentarium ad Libri Sex-

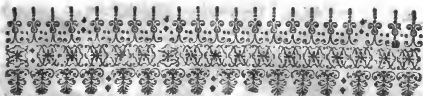
ti

ti Codicis Titulos posteriores, de successione ab intestato agentes publicè proposui, non ut in lucem prodirent unquã, sed ut officio mihi demandato pro virili satisfacerem, & Auditoribus meis in difficillima hac & subtilissima materia faciliorem Viam ostenderem. Tandem tamen petitioni Typographi, & sollicitationibus tã Studiosorũ, quàm aliorũ locum relinquens, publici juris fieri passus sum; idq; ut molesto describendi labore multos levarem, & simul pluribus publicè prodessem. Vobis verò Illustres & Magnifici Domini, Patroni Magni, hasce operas meas offero, non ut eorum, quæ hic à me traduntur, patrocinium, & contra malevolorum detrectationes defensionem à me amoliri, & in Vos transferre cupiam: (namq; si quid in iis dictum scriptumq; reperiatur, quod vel ab æquitate, vel Legum publicarum norma alienum, id indictum, inscriptumq; esse volo:) Sed solummodò ut devoti & grati animi, cum aliud non permittat tenuitas mea, vel hoc saltem extet monumentum publicum: Quoties enim Illustris Domine HENRICE tuam in Comitiis Ratisbonensibus mihi exhibitam benevolentiam; quoties tua Domine CAROLE in me, tum in aula Sultzbacensi, tum in Legationibus ad Episcopum Bambergensem & Marchionem Brandeburgicum &c. in quibus Tibi Comitem me esse voluisti, collata beneficia recordor, recordor autem sæpissimè, toties de grati animi testimonio aliquo nõ perfunctoriè cogito. Accipite itaq; Illustres & Magnifici Domini chartaceum hoc munus tanquam Sponsorem interim serenâ fronte, & me in numero clientum vestrorum imposterum quoq; habere non dedignemini. Valete vestro & Illustris Familiæ bono quàm diutissime. Dab. Altorf. Pridie Idus August. clɔ Iɔ C LIX.

*Illustr. Magnific. Vestr.*

Demisse colens

WILHELMUS LUDWEL D.



# WILHELMI LUDWELL JCti TRACTATUS DE ULTIMIS VOLUNTATIBUS

## PARS PRIOR.

### *CAPUT. I.*

### DE DEFINITIONE.

I.

ULtima Voluntas nihil aliud eſt, quam diſpoſitio legitima de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.



Lugubris eſt hæc de ultimis Voluntatibus ſuſcepta tractatio: quippe quæ ad mortis & fragilitatis humanæ cogitationem nos deducit: Sed eadem tamen Reip. neceſſaria, & tam ſuperſtitibus, quam morientibus grata: illis quidem ob cōmodum ſucceſſionis: his verò propter diſponendi libertatẽ ratamq; vim, quam ultimis corũ voluntatibꝰ divina

ſimul & humana jura ſeſe debere fatentur. *l. 1. C. de SS. Eccleſ. Franc. Bald. in* προθεωρία *tit. Inſt. de teſt.* In qua materia explicanda (Deo conatib⁹ noſtris clementer benedicente) juſto progrediemur ordine; & priori quidē parte generalia de definitione, cauſis & effectis proponemus: in poſteriori vero ſingularum ſpecierum naturam dilucidè & breviter ſubjicere conabimur. Definitio autem, à qua initium faciendum monet *Cic. lib. 1. de Offic.* duplex vulgo ſtatuitur, una nominis, altera rei: quarum illa verborum, hæc rerum ipſarum explicationem continet: illa prior, hæc potior ſemper habenda eſt. Voluntatis igitur vocabulum (quod à verbo volare, quaſi animus, in quo velle eſt, talis ſit, ut puncto temporis, quo vult, pervolet, fruſtra exiſtimat *Cagnol. ad l. 4. ff. de R. J. n. 2.*) ambiguum eſt, & (1.) potentiam ſive facultatem animæ rationalis ſignificat, qua bonum expetimus, malum averſamur, ut apud *Ariſtotel. 3. Ethic. c. 4. & alibi.* (2.) habitum voluntatis, ut in definitione Juſtitiæ apud *Ulp. l. 10. ff. de Juſt. & Jur.* ubi conſtans & perpetua voluntas, nihil aliud, quam habitum voluntatis denotat, ut rectè *Eguin. Bar. Ægyd. Hortenſ. & Dd. comm. ad pr. Inſt. d. t.* Eodem ferè ſenſu accipitur, quando maleficia voluntas & propoſitum delinquentis diſtinguere dicitur in *l. qui injuria. 53. pr. ff. de furt. l. Divus. 14. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* Deniq; pro actu voluntatis ſumitur, veluti in definitione teſtamenti (voluntatis noſtræ juſta ſententia) *l. 1. ff. qui teſt. fac. poſſ.* item *in l. fin. §. fin. ibi: quavis ultima voluntate. C. de Codicill.* & in hac definitione noſtra, in qua voluntas pro ipſa voluntatis ordinatione & diſpoſitione accipitur, ut rectè monet *Fr. Mantic. de conj. ultim. volunt. lib. 1. t. 3. n. 7.* ubi plura hac de re videri poſſunt. *Confer. Didac. Roderic. Alvarod. de conjecturata ment. Defunct. lib. 1. c. 1.* Additur (ultima) ad differentiam voluntatis vel diſpoſitionis inter vivos. *arg. §. per traditionem. 41. Inſt. de rer. diviſ. & l. 9. §. hæ quoq; 3. ff. de adquir. rer. domin.* & quoniam ambulatoria eſt voluntas hominis usque ad ſupremum vitæ exitum. *l. cum hic. 32. §. 3. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 4. ff. de adim. vel transfer. legat.* Rei ipſius definitionem quod attinet, generis loco poſuimus, *diſpoſitionem legitimam.* Diſpoſitionis enim vocabulum generale eſt, & tam diſpoſitiones inter vivos. *§. ult.*

*ult. in f. Inst. de adquisit. per adrogat. N. 117. c. 1. §. 1.* quam m. c. factas comprehendit. *§. fin. Inst. qui & ex quib. caus. manumitt. non poss.* quâvis magis propriè & frequētius ad ultimas volūtates referri videatur. *arg. Nov. 22. c. 2. & N. 1. c. 1. §. 4. Mantic. d. lib. 1. t. 3. n. 9.* Diximus autem dispositionem legitimam: non quod omnis voluntas ultima à lege adeoq; juris Civilis sit (ultimam enim voluntatem in genere juri gentium adscribendam esse *c. seq.* ostendere conabimur,) sed quoniam omnis dispositio juri & legibus conformis esse debeat. *arg. d. N. 22. c. 2.* quo sensu & codicillos reliquasq; ultimæ voluntatis species dispositiones legitimas esse rectè dicimus. Differentia est in illis verbis: *de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Quibus tam materia quam forma ultimarum voluntatum contineri videtur. Et materia quidem sunt non tantùm hereditas, sed etiam legata, fideicomm. libertates, tutorum dationes & alia ultimarum voluntatum capitula. *l. verbis. 120. ff. de V. S. N. 115. c. 3. in f.* Forma in eo est, quod omnia in casum mortis conferantur; ut non prius, quam morte disponentis secutâ, vigorem recipiant. *d. l. 1. ff. qui test. fac. poss. c. cum Martha. 6. extr. de celebr. missar.* Quamvis enim & contractus interdum post mortem contrahentium conferri soleant. *l. si vero. 12. §. ult. & l. seq. ff. mandat. §. post mortem. 12. Inst. de inutil. stipul. l. un. C. ut actiones ab heredibus & contr. heredes incip. &c.* tamen statim valent, & ex præsenti vires accipiunt. *arg. d. §. 12. de inutil. stipul.* cum ultimæ voluntates non aliter quam post obitum disponentis exitum sortiri possint, ut modò diximus: Unde contractus, licet post mortem collatus, statim ita valet, ut revocari amplius ab una parte nequeat. *l. 5. C. de obl. & action.* ultimæ verò voluntates ambulatoriæ sunt usq; ad extremum vitæ exitum. *d. l. 4. ff. de adimend. vel transfer. legat.*

## II.

Hic tres notandæ sunt regulæ (1) quod ultima voluntas à metu & coactione libera esse debeat.

*l.1.C.de SS.Eccl.l.1.& tot.t.ff.si quis aliquẽ test. prohib. vel coëg.* Ratio expedita, quoniã coacta voluntas, voluntas quidẽ est *l.si mulier.21.§.ult ff.quod met.caus.* sed vera tamẽ & libera voluntas nõ est, *l.4.ff.de R.I.* qualem in ultimis voluntatibꝰ requiri patet ex allegat. textibus. Adde *Mantic. d. lib.1.t.10.& Cagnol.ad d. l.4. de R. I. & Vasqu.lib.2.de success.creat.§.17.n.4.* Hinc controversia oritur, *An ergo testamentum, vel alia voluntas ultima ipso jure nulla sit, an vero valet, Pretoris auxilio demum rescindenda?* Et ipso jure nullam esse ejusmodi voluntatem concludit *Zas.in rubr. C. si quis aliq.test.prohib. vel coëg.n.3.Vasq.d.§.17.n.5.Sichard.ad rubr.d.t. si quis aliq.test.prohib.&c.* eosq; secutus *Bach. in not. ad π. Wesenb. d.t.si quis aliq. test. prohib. vel coëg.* Rationes illorum hæ sunt, (1.) quod, cùm matrimonium metu contractum ipso jure nullum. *arg. c. 14.15.& 29.extr.de spons. junct.c.1.extr.de despons.impub.* consequens sit, etiam testamentum metu factum nullum esse; cùm à pari videantur procedere matrimonium & testamentum. *arg. l. stipulatio. 61.& l. Titia.134.in pr.ff.de V.O.* (2.) Quoniam in testamentis libera voluntas requiritur. *d.l.1.C.de SS.Eccles.* qualem non esse coactam voluntatem expeditum est. (3.) Ex *l.qui testamento.20.§.ult. ff.qui test.fac.poss.* ubi si testes inviti detenti vel coacti fuerint, testamentum ipso jure non valet: E. multo magis in testatore ad testandum coacto idem dicendum erit. (4.) Ex *l.1.ff.qui test.fac. poss.* ubi testamentum describitur voluntatis nostræ justa sententia: testamentum autem metu factum neq; nostræ, sed alienæ potius, voluntatis sententia est, neq; justa dici ullo modo potest. *arg.l.1.l. 3.§.1.& passim.ff.quod met.caus.* (5.) quia testamentum ratione voluntatis imperfectum ipso jure nullum est. *l.25.ff.d.t.qui test. fac.poss.* multò igitur magis illud vitiosum habendum; in quo totius voluntatis defectus est. *Vasq.d.loc.* (6.) quoniam institutio metu facta ex alieno arbitrio pendere videatur contra *l. illa institutio. 32.ff.de heredib.instit.* (7.) quia nemo alieno odio prægravari debeat. *l.si quis 31.§.1.C. de inoff.test.* nec quisquam ex alterius delicto damnum sentire. *l. electio.26. §.f.ff.de noxal.act.* at si testamentum metu factum validũ præsumatur, hereditas tanquã indigno heredi auferetur & fisco applicabitur. *arg.l.1.C.d.t.si quis aliq.*

*liq. test. prohib. vel coëg.* magno cum legitimorum præjudicio & damno: quam rationem adeò æquam & piam esse censet *Vasq. d. n. 5. in f.* ut vel sola ad tuitionem hujus sententiæ sufficere posset. (8.) & ultima, quod hic cessent remedia rescissoria, quibus actus inter vivos rescindi solent. *Bach. d. loc.* Contrarium, videlicet ultimam voluntatem ipso jure valere, sed hereditatē heredi tanquam indigno auferri & fisco applicari, tenet *Gloss. in rubr. ff. ad d. t. ff. si quis aliq. test. prohib. Bart. in l. ult. ff. d. t. & Dd. comm. Duar. ad d. t. ff. qui test. fac. poss. c. quid sit testament. §. ex eo quod diximus. Menoch. de arbitr. jud. qq. lib. 2. cent. 4. cas. 395. n. 7. Ant. Fab. de error. pragmat. dec. 38. err. 3. Fachin. 10. contr. 15. Harpr. ad pr. Inst. de testam. n. 44.* Et hæc opinio, uti cōmuniter recepta est, fatente ipso *Jas. & Vasq. dd. locis*: ita verior quoq; videtur. (1.) quia coacta voluntas, voluntas est, *d. l. 21. §. ult. ff quod met. caus.* non quidem ratione initii; ita enim ab alterius impulsu & coactione proficiscitur. *arg. l. 3. §. ult. & passim ff. d. t.* sed ratione finis propter quem, & temporis, quo fit testamentum. *arg. l. si patre. 22. ff. de ritu nupt.* quo sensu id, quod metu gestum est, voluntarium potius, quam invitum esse docet *Aristot. 3. Ethic. c. 1.* (2.) quoniam regulariter ea, quæ metu gesta sunt, ipso jure valent, & Prætoris demum auxilio infirmantur. *l. 1. & tot. tit. ff. quod met. caus. §. 1. Inst. de except. cum similibus.* à qua reg. cū nusquā exceptū legatur testamētum, meritò sub ea relinquendum est. *arg. l. de pretio. 10. ff. de publ. in rem act.* (3.) *arg. l. 1. C. d. t. si quis aliq. test. prohib. vel coëger.* ubi dū civilis disceptationis i. e. actionis vel petitionis hereditatis *secundum Gloss.* mentio fit, eam ipso jure valere & ex valido testamento descendere, omnino præsupponendum videtur. Deniq; facit, quod legata & fideicommissa ex testamento metu facto deberi videantur; ex testamento autem ipso jure nullo regulariter nō soleant. *arg. l. 2. §. ult. ff. d. t. si quis aliqu. test. prohib. l. filio. 17. ff. de injust. rupt. & irrit. test. & ibi Wes. in *. n. 6.* Quamvis n. Dd. Glossam secuti *d. l. 2.* de eo casu accipiunt, quo quis post solēniter & libere factum testamentum, prohibitus est per vim aut dolum, ne id mutaret, cum mutare vellet: tamen verba JCti generalia hanc interpretationem vix patiuntur; inprimis cum idem JCt. Paul. alibi aperte scri-

scribat, isto casu, quo testator voluntatem suam mutare à scriptis heredibus prohibitus est, ab universo priore judicio eum recessisse videri. *l. si scriptis. 19. ff. de his quæ ut indign.* adeoq; neq; legata neq; fideicomm. deberi, ut notat *Gloss. ad d. l. 19.* Ubi tamen distinctio *Bart. in l. ult. ff. d. t. si quis aliq. test. prohib. &c. n. 3.* omittenda non est, ut, siquidem constet, testatorem deceptum coactumve totam illam voluntatem condidisse, legata quoq; & fideicomm. intercidant, etiamsi neq; legatariorum neq; fideicomm. vis aut dolus intervenisse probetur. Si verò heredis tantùm institutio à vi vel dolo profecta sit, legata & fideicommissa omninò debeantur. *Ant. Fab. d. dec. 38. err. 5.* Ad argumenta ergo supra pro contraria opinione allata quod attinet, respōderi potest, & quidem ad (1.) adhuc dubitari, an matrimonium metu contractum ipso jure sit nullum, an verò valeat & per Ecclesiam demum rescindatur, ut testatur *Mozz. de matrim. rubr. de substant. formal. & essential. matr. n. 4. & Bernh. Grav. Pract. concl. lib. 2. concl. 93. n. 5.* & dato, matrimoniū coactum ipso jure nullum esse, tamen id, quod in matrimonio specialiter cōtra regulas juris constitutū, ad testamētum sine textu temerè trahendum non est: maximè cum matrimonium propius ad b. fidei negocia. *arg. l. un. C. de rei ux. act. §. 29. Inst. de act.* testamentum ad ea, quæ stricti juris sunt, accedat. *arg. §. 28. Inst. d. t. & l. 6. ff. de in lit. jurand.* dolus autem vel metus bonæ fidei, non stricti juris negocia, si causam iis dederit, ipso jure nulla reddat. *l. 7. pr. ff. de dolo mal. §. 1. Inst. de except. Adde Ant. Fab. d. err. 3.* Ad (2.) respondetur negando conseq. quoniam non sequitur; libera esse debet voluntas, ergo testamentum metu factum ipso jure nullum est: cum & in contractibus stricti juris liber debeat esse consensus, *l. 1. §. pen. ff. de pact. l. nihil. 116. ff. de R. I.* & metu vel dolo facti nihilominus ipso jure valent. *l. 1. 2. 3. ff. de restit. in integr. l. si quis. 36. ff. de V. O* Ad (3.) dicendum, aliam esse rationem rogationis testium, quæ ad solennitates testamenti pertinet, ita ut si rogati testes non fuerint, testamentum ipso jure non subsistat. *d. l. 20. §. ult.* aliam voluntatis testatoris, quam & coactam sufficere patet ex iis, quæ supra dicta sunt, præsertim cum in ipso testandi actu vis nulla adhibita nec metus illatus sit, ut
monet

monet *Ant. Fab. d. err. 3.* Ad (4.) facilis est responsio; videlicet, & coactam voluntatem nostram non alienam esse. *arg. d. l. 21. §. ult. quod met. caus. & eorum quæ habet Arist. d. lib. 3. Ethic. c. 1.* eamq; justam i. e. secundũ leges & regg. testamẽtorũ factam. *d. l. 1. qui test. fac. poss.* hactenus saltem, ut ipso jure valeat, quamvis Prætoris auxilio rescindi possit. *arg. pr. Inst. de test. l. pen. C. de inutil. stipulat.* In (5.) negandum est, hic totius voluntatis defectum esse, cum, ut jã sæpius dictũ, & coacta volũtas voluntas sit. Sic & (6.) argumentũ falso nititur præsupposito, quasi institutio in testamento metu facta ab alieno pendeat arbitrio; quam à coacta quidem, sed propria tamen testatoris voluntate dependere fatendum est: eo ipso enim dum sibi aut suis fortè imminens periculum evitare conatur, hoc quoq; maluisse intelligitur, *arg. l. si cogente. 22. ff. de rit. nupt.* Ad (7.) negandum legitimis heredibus hic ullam inferri injuriam, quoniam testamento facto, successionis legitimæ ab intestato nulla habetur ratio. *l. quamdiu. 39. ff. de adquir. vel omitt. hered.* & si forte dolo vel metu alterius læsi fuerint, actione de dolo vel in factum ipsis consulitur, qua id quod interest, vel pretium amissæ hereditatis, ab eo qui metum intulit, consequi poterunt *l. Lucius. 88. §. Sempronia. 4. ff. de legat. 2. l. si, quis. 9. §. 1. ff. de dol. l. pen. C. eod. tit.* Ex quib. simul patet responsio ad (8.) & ultimum argumentum; videlicet non omnia remedia rescissoria hic deficere, sed legitimis heredibus deceptis actionẽ de dolo vel in factum competere, *d. l. 88. §. 4. ff. de legat. 2.* Adde omnino *Ant. Fabr. d. error. 3. 4. & 5. Paul. Buss. ad l. 1. ff. qui test. fac. poss. n. 3.*

## III.

## (2) Regula est, quod ultima voluntas ab alieno arbitrio pendere non debeat.

[1] *d. l. 32. ff. de heredib. instit.* Ratio, quoniam nostræ, non alienæ voluntatis est sententia sive dispositio. *arg. l. 1. ff. qui test. fac. poss.* Ab alieno autem arbitrio non dependet ea institutio vel voluntas ultima, quæ blanditiis, forte mariti vel uxoris, provoca-

vocata est. *l. ult. ff. d. t. si quis aliq. test. prohib. vel coëg. l. fin. C. eod. t.* Nisi dolus aut metus præcesserit: tum enim voluntas ultima non tam posteriori blando sermone provocata, quam ex metu antea illato profecta intelligitur, ut notat *Iason. & Sichard. ad d. rubr. C. si quis aliq. testari prohib. vel coëger. in f.* Idem est, si dolus cum blanditiis conjunctus fuerit, veluti si quis testatorem, qui Ecclesiam vel monasterium instituerat, blando sermone induxit, ut alio testamento condito se potius heredem institueret. Hoc enim casu cum blanditiæ istæ ad læsionem tertii tendant, dolo non carere videntur, adeoq; prius testamentum adhuc subsistere post *Angel.* docet *Jas. & Sich. d. loc.* Ad textus, quos cõtra *d. l. fin. C. si quis aliq. test. prohib. vel coëger. Gloss.* ibidẽ adfert, videlicet *l. 3. & 4. ff. de inoff. test. l. 1. 3. & 4. ff. de dõ. int. vir. & ux. l. 1. C. de stat. & imagin. & l. captatorias. 70. ff. de hered. instit.* facilis est responsio; in genere quidẽ, blanditias istas versari circa ea, quæ jure sunt prohibita. *Bart. & Salicet. ad d. l. fin. C. si quis aliq. test. prohib. vel coëg.* in specie verò *ad d. l. 3. & 4. de inoff. test.* ibi delinimenta novercalia propterea improbari, quia dolo non carent, & ad liberorũ, quibus ex communi parentum voto & naturali erga eos charitate debetur hereditas, exheredationem vel præteritionem directa sunt. *arg. l. nam etsi. 15. ff. eod. t. l. 7. ff. de bon. damnat.* Deinde ad *d. l. 1. 2. & 3. de donat. int. vir. & uxor.* donationem inter vivos propterea prohibitam esse, ne mutuo amore spoliarentur conjuges: ne venalitia essent matrimonia & ne precio concordia conciliari videretur: quas rationes in ultimis voluntatibus, quorum eventus in id tempus excurrit, quo vir & uxor esse desinunt, cessare expeditum est. *l. 9. §. ult. & l. seq. ff. d. t.* Tertio ad *d. l. 1. C. de statuis & imagin* blanditias ibi in adulationem incidere, quam in Officialibus proditionis quandã speciem adeoq; cum damno publico conjunctam esse, notat *Paul. de Castr. ad d. l. ult. C. si quis aliq. test. prohib. vel coëg.* Deniq; ad *d. l. 70. ff. de heredib. instit.* captatorias institutiones ideo improbari, quod ad aucupandam & captandam hereditatem alienam directæ sint. *d. l. 70. & l. seq. de heredib. instit.* Captatoriæ enim institutiones & ad secretũ alienæ voluntatis collatæ dicuntur, nõ quę ex aliena voluntate dependent, ut *Gloss.* & *Dd. vulgo* existimant, sed quæ non ex af-

fectione

fectione & pura mēte, sed aucupandi lucri gratia ad instituti aut alterius personam relatæ sunt, ut recte docet *Coras. 5. misc. 13. Don. 6. comm. 19. & ibi Hillig. lit. F.* Adde *Vult. ad §. 9. Inst. d. t. de hered. inst. n. 2. Cujac. 16. obs. 11. Treut. vol. 2. D. 11. th. 3. lit. C. ibiq; Bach.* Præterea *d. l. fin. C. si quis aliq. test. prohib.* vel *coeg.* obstare etiā videtur *l. 1. §. 3. ff de serv. corrupt.* ubi persuadere plus est, quam compellere atq; cogere. Verum persuasio ista ad corruptionem servi alieni tendit, adeoq; in delictum servi corrupti incidit, *d. l. 1. & §. sed etsi. 8. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* quemadmodum & consilium sive persuasionem ad furtum faciendum in furti crimen cadere & furti pœna puniri, constat *ex l. in fure. 50. §. pen. ff. de furt. l. sæpe. 53. §. ult. ff. de V. S.* Verùm regula hæc nostra specialis est, & ad testamenta tantum pertinet: tùm per *d. l. 32. ff. de heredib. instit.* quæ expressè de testamentis loquitur: tum quod mortis causa donatio ab alieno arbitrio pendere possit, *l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* Et ratio est, quoniam testamenti factio juris publici est, *l. 3. ff. qui test. fac. poss.* quod privatorum voluntate mutari non potest, *l. jus publicum. 38. ff. de pact.* Hinc jure gentium ultimas voluntates ab alieno arbitrio pendere posse dicendum est. Imo Jure Canonico ex testamento in alienam voluntatem conferri posse decisum est *ab Innocent. III. in C. cum tibi. 13. extr. de testam. & Bonif. VIII. in c. licet. pen. de Sepultur. in 6. Ferdin. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 50.*

## III.

## Voluntas Ultima ambulatoria sit, usq; ad supremum vitæ exitum.

*l. 4. ff. de adim. vel transf. legat. l. cum hic status. 32. §. 3. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quæ Reg. procedit, etsi quis voluntatem suam se non mutaturum expresse promiserit, *l. pactum 15. C. de pact.* quoniam nemo sibi eam dicere legem potest, ut à priore voluntate ei recedere non liceat, *l. si quis. 22. pr. ff. de legat. 3. Mantic. lib. 12. de conj. ult. vol. t. 1. n. 1.* Imò quamvis juramento firmata promissio fuerit: Cum juramentum sequatur naturam actus, super quo interponitur, *l. ult. C. de non num. pec. c. quemadmodum*

 25. extr.

*25, extr. de jurejur. Gloss in c. ultima voluntas.13.q.2. Rolandin. de test. & ult. vol. c.3.n.4. Covarruv. de testam. p.2.n.9. Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q.84. n.3. Fachin. 4. Contr. 8. & alii ab his allegati.* Non obstat, quòd juramentum aliàs actum mutabilem, firmum & irrevocabilem efficiat, *c. cum contingat, 28. extr. de jurejur. l. 1. & Auth. seq. C. si advers. vendit,* adeoq; testamentum posterius omninò sit invalidum. *Specul. tit. de instr. edit. §. Compendiosè vers. quod si quis. n. 25. Coras. in prælud. ad l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Facit quod testamentum demum morte testatoris confirmetur, nec juramentum imperfectionem hanc tollere possit. *Covarruv. n. 15.* Respondetur enim in conventionibus quidem aliisque actibus inter vivos hoc verum esse; ultimas autem voluntates naturâ suâ ambulatorias esse, & juramento hanc naturam mutari, aut juri publico derogari non posse, *arg. d. l. 22. ff. de legat. 3. Covarruv. & Fachin. dd. locis.* Nec movet, quod mortis causâ donatio, quam ultimam voluntatem esse constat §. *1. Inst. de donat. l. ult. C. de donat. m. c.* volente donatore immutabilis fieri possit, *l. si alienam. 13. inf. ff. d. t. & l. senatus. 35. §. 4. inf. ff. eod. t.* Respondetur enim, id propterea fieri, quoniam mortis causa donatio per clausulam de non revocanda ea degenerare, & in donationem inter vivos mutari potest, *l. ubi ita. 27. ff. d. t. de m. c. don.* cujus natura est, ut semel perfecta revocari facile nequeat. *§. aliena. 2. Inst. de donat. cum similibus Covarruv. d. pr. n. 13. Gloss. ad d. l. 13. de m. c. donat. & Dd. Comm.* Verum cum hæc opinio scrupulo non careat, ut videre est apud *Giph. ad d. l. 27. de m. c. donat,* tutius fortasse est, ut dicamus, m. c. donationem non simpliciter, sed ratione effectus tantùm legatis & ultimis voluntatibus comparatam esse, *d. l. ult. C. d. donat. m. c.* aliàs superesse adhuc differentias quasdam, & inter eas etiam hanc, quod pactum vel clausulam de non revocando recipere possit, *arg. N. 87.* Adde *quæ infr. part. spec. c. ultimo hac de re* dicta sunt. Hinc dubium existit, an ergo testator aliud testamentum condendo, & à juratâ voluntate recedendo perjurus fiat? *Et Bart. in d. l. si quis. 22. n. 14.* putat, eum perjurum non fieri; quoniam juramentum tanquam liberam testamenti factionem impediens,

*arg.*

*arg. l. cum duobus. 52. §. idem respondet 9. ff. pro socio.* contra bonos mores, *l. stipulatio. 61. ff. de V. O.* ideoq; tam jure civili, *l. si quis. 112. §. pen. & ult. ff. de legat. 1.* quàm Canonico obligatorium non sit, *c. non est. 58. de R. I. in 6.* Verum contraria opinio, videlicet testatorem à juratâ voluntate recedentem perjurum fieri, verior videtur, vel ex hoc uno fundamento, quoniam juramentum illud re verâ contra bonos mores non est, quippe, quod peccatum non inducit, & consequenter sine dispendio salutis æternæ servari potuit: *c. quamvis. 2. de pact. in 6.* Quamvis enim jure civili hoc juramentum improbetur, *arg. l. non est dubium. 5. C. de legib.* adeoq; contra bonos mores ejus juris hactenus dici possit, *arg. d. l. 112. §. pen. & ult. de legat. 1.* Jure Canon. tamen aliud dicendum, quo contra bonos mores ea demum habentur, quæ turpitudinem in se continent, quæ principaliter, contra utilitatem publicam sunt, quæq; observata in dispendiū salutis æternæ vergunt. *d. c. quamvis, de pact. in 6. Gail. 2. obs. 39. n. 15. & seqq. Gœdd. ad l. 3. ff. de V. S. n. 38. Reusner. lib. 1. cons. 19. n. 57. & seqq. Menoch. cons. 1. n. 168. & cons. 401. n. 195.* Horum autem injuramento, hoc nostro nihil occurrere expeditum est. Nec obstat, quod hoc juramentum votum captandæ mortis, & peccatum fovere, *arg. l. ult. C. de pact.* adeoq; contra bonos mores naturales vel canonicos esse videatur. *c. cum contingat, 28. extr. de jurejur.* Respond. enim ibi nō de testamento, cui juramentum de non revocando appositum fuit, sed de pacto super tertii viventis & non consentientis hereditate interposito sermonem esse, quod plenum tristissimi & periculosissimi eventus esse dicitur, quoniam facilè votum captandæ mortis inducere possit, & proinde meritò repellendum sit. *Adde Covarruv. d. p. 2. n. 15.* ubi monet pactum hoc non per se, sed quatenus à malis hominibus interponitur votum captandæ mortis continere. Sic quoq; non infringit vim argumenti nostri, quod quidam distinctionem istam inter bonos mores Civiles & Canonicos planè rejiciant, & civili etiam jure contra bonos mores ea tantum esse quæ pietatem existimationem, & verecundiam nostram lædunt, existimant *per l. filius. 15. ff. de condit. Inst. Mynf. dec. 5. Cons. 49. n. 13. & 14. & alii allegati à Grav. 2. Pract. Conclus. 39. in Coronid.* Nam ipse textus haut

 obscu-

obſcurè innuit, jure Civili bonos mores latius patere, & contra mores dici, non tantùm quæ turpia ſunt, ſed etiam quæ Senatus vel Princeps improbant, quæq; adeò à jure communi remota, *l. 7. §. & generaliter 16. ff. de pact.* & legibus prohibita ſunt, *arg. l. probrum. 42. ff. de V. S.* Unde facilè patet, quid *ad d. l. 61. ff. de V. O.* reſpondendum ſit, videlicet ſtipulationem pœnalem ibi propoſitam, propterea contra bonos mores eſſe, quod liberam teſtamenti factionem impediat, & teſtatorem ad certam heredis inſtitutionem adſtringat, quod iniquum eſt, & bonis moribus contrarium, cum teſtantium liberæ voluntates eſſe debeant. *l. 1. C. de S. S. Eccleſ.* Quæ ſententia cum promiſſione vel jurejurando de teſtamento non revocando vix quicquam commune habet. Sic quoq; promiſſio matrimonii etiam jurata licita eſt, ita, ut ſi quis ab ea recedat, perjurus fiat, ea ſicut *ex literis. 22. extr. de Sponſalib.* & tamen pœnalis ſtipulatio appoſita contra bonos mores eſſe dicitur *in l. Titia. 134. pr. ff. de V. O.*

## CAPUT II.

## DE CAUSA EFFIC. ULTIM. VOLUNT.

**CAuſa efficiens Ultimæ Voluntatis vel remota eſt, vel propinqua. Remota eſt jus Gentium.**

De Origine ultimarum voluntatum variæ ſunt Dd. opiniones, quas refert *Vaſq. de Succeſſ. Creat. lib. 1. §. 1. n. 1. & ſeqq.* Sed duæ præ reliquis conſideratione dignæ ſunt, quarum una Juri Civili, altera juri gentium originem ultimarum voluntatum adſcribit. Quamvis enim alii ad jus Divinum *arg. Geneſ. 25. verſ. 5. & 27. verſ. 28. & ſeqq.*, alii ad jus naturale ultimas voluntates referre conati fuerint, *per l. ult. ibi:* lex ipſa naturæ eos faciat ſucceſſores. *Gloſſ. Quorum bonor. in c. jus naturale. diſt. 1. & alij relati à Vaſq. d. l.* tamen Abraham & Iſaac diſpoſitiones iſtas bonorum inter liberos non tam ex ipſa lege DEI, quam moribus gentium hauſiſſe videntur:

tur: & *textus in L. l. ult. C. quorũ bonorum* nihil aliud probare, quam successiones, imprimis ab intestatò de quibus ibi sermo est, ex naturali ratiõe receptas esse, *arg. l. 7. ff. de bon. damnat.* Juri igitur civili, non testamenta tantũ, (de quibus *infr. in part. special.* agemus) sed omnes voluntates ultimas adscribunt *Ægid. Hortens. ad pr. Inst. de test. Ant. Fab. in J. Pap. tit. 2. pr. 2. & pr. 5. illat.* quoniam dispositiones istæ in id tempus conferuntur, quo disponentes rerum domini futuri non sunt; *arg. l. 13. §. 1. ff. de jurisd. & l. 9. §. 1. ff. de jur. dot.* ideoq; non gentium, sed civili sive *ex LL. 12. tabb.* introductæ sunt, *arg. l. verbis 120. ff. de V. S.* Accedit quod antiquissimis temporibus solæ successiones ab intestato cognitæ fuerint, testamentariæ demum à Solone apud Athenienses constitutæ, ut monet ex *Plutarch. in Solone Coras. ad l. filium. 24. C. famil. ercisc. Et Vasq. de success. creat. in præfat. n. 13. & d. lib. 1. §. 1. pr.* Jus gentium autem rerum natura cum ipso genere humano prodiderit. *§. singulor. 11. Inst. de rerum divis.* Præterea constat ex Tacito de moribus Germ. apud Germanos nullum testamentum in usu fuisse: ad jus gentium autem ea demum referuntur, quæ apud omnes gentes peræquè observantur. *§. 1. & § pen. Inst. de jur. nat. Gent. & Civ.* Deniq; huc facere videtur, quod sæpe delirent animam agentes: nec sanum eorum sit judicium, quasi imminentis mortis terror procellit, aut morbus divexat, ut loquitur *Franc. Balduin in* προθεωρ. *Instit. de testamentis.* Contra ad jus Gentium, Secundarium videlicet (quod solum JCtis nostris notum fuisse alibi docuimus) voluntates ultimas referunt *Gloss. & Dd. commun. quos refert, & sequitur Vasq. d. §. 1. n. 3. & seqq. Adde Vigl. Zuich. ad §. prædicta. 2. Inst. de test. n. 5. Harpr. ad pr. d. t. n. 63. & seqq.* & alios ab eo allegatos, qui dum testamentum juris gentium esse contendunt, multò magis de ultimâ voluntate in genere idem asserere censendi sunt. Ratio est, quod naturalis ratio, quæ jus gentium constituit, *d. §. 1. Inst. de I. N. G. & C.* Ultimaelogia equè ac conventiones introduxerit; *arg. §. 2. Inst. d. t.* nihil enim tam naturali ratione conveniens est, quam domini voluntatem rem tuam in alium transferre volentis ratam haberi *§. per traditionem. 41. Inst. de rerum divis.* non tantum inter vivos, sed etiam mortis causa, *vers.*

*fin. Inst. de L. Fus. Canin. toll. l. 1. C. de Sacr. Eccles. Adde Tima. Fab. D. ad Inst. 18. th. 2.* ubi rectè monet, causam ultimarum voluntatum non ex civil. aliqua æquitate, sed ab ipsa humanitate, ab ipsa cogitatione, ab ipso affectu intimo hominis moribundi petitam esse, *arg. N. 1. c. 2. §. 1. ibi. Si enim omninò vult aliquis sibi heredes fieri, & habere consolationem aliquam in suâ successione.* Deinde non parum hanc opinionem juvat, quod dispositiones ultimarum voluntatum apud Gentes plerasq; in usu fuerint, ut ipse fatetur *Ant. Fab. d. pr. 5. Illat. 1.* & eam Sacra quam prophana historia satis testatur; ex qua varia collecta exempla videri possunt, apud *Schneid. ad d. pr. de test. n. 17. & 18. Tholoss. lib. 7. de Republ. c. 12.* Nec obstat quod dispositio in id tempus, quo rerum domini futuri non sunt disponentes, conferatur. ℞. enim, ipsam voluntatis dispositionem eo tempore fieri, quo rerum domini adhuc sunt, adeoq; liberam disponendi facultatem habent, executionem tantum, sive solutionem post mortem conferri: quod juri gentium contrarium non est, *arg. d. l. 1. C. de S. S. Eccles. Vigl. ad d. §. 2. n. 15. Harpr. ad d. pr. n. 9. & seqq.* Deinde non movet, quod Solon primus de libera testandi facultate legem Athenis tulisse dicatur. Respond. enim id de testamento in specie, & successione testamētaria verum esse: nam omnem planè ultimæ voluntatis dispositionem Athenis ante Solonis tempora incognitam fuisse, vix admitti potest, etsi maximè fuisset, tunc unius gentis mores juri gentium derogare non possent, ut rectè *Vigl. ad d. §. 2. n. 9.* Quod autem in *d. §. 11.* de rerum divisione dicitur, jus gentium cum ipso genere humano naturam prodidisse, nonnulli ad jus gentium primævum referunt *Mynf. d. §. 11. in fin. ibiq. Bach. Vasq. d. §. 1 n. 2.* Verùm cum hoc jure omnia fuerint communia, & distinctiones dominiorum jure demum secundario cœperint, *l. 5. ff. de Just. & Jur.* potius dicendum, verba ista non hunc habere sensum, quasi statim jus G. cum ipso genere humano cœperit, sed ea oppositivè ad jus civile & ἐναλλάξ accipienda esse. *Eguin. Bar. ad d. §. 11. quasi* ejus temporis ut brevis, & perexigui, quo post conditum genus humanum propter usum & necessitates humanas proditum est, nulla habenda sit ratio, ut monet *Ægid. Hortens. ad d. §. 11. & Duar. ad t. ff. de just. & jur. c. 5.* Ejusdem roboris est & tertium; nam quod jur

gentium apud omnes gentes peræquè observari dicitur, vel ad jus naturale referendum, quod divina providentia constitutum, meritò apud omnes peræquè custoditur, *d. §. pen. Inst. de I. N. G. & C.* vel non eò trahendum, quod simul & semel apud omnes gentes invaluerit, sed paulatim gentium, si non omnium, tamen plerarumq; moribus receptum sit, *§. 1. & 2. Inst. d. t.* ut taceam, quod locus Taciti non de quavis voluntate ultima, sed de testamento, eoq; imprimis scripto, satis apertè loqui videatur, ut notat etiam *Vigl. ad d. §. 2. n. 8. & 9. & ad rubr. Inst. quib. non est permissum fac. testam. n. 6.* Deniq; non quasvis ultimas voluntates hic intelligimus, non certè ægri somnia, ut habet proverbium, sed eas demum, quæ ab hominibus sanæ mentis deliberatò conditæ sunt. *arg. §. 1. Inst. quibus non est permiss. fac. testam. & l. 5. ff. de R. I.* Unde & legibus nostris huic periculo diligenter obviam itum est, nec ullæ morientium voluntates ratæ habentur, in quibus disponentem non satis compotem mentis fuisse suspicio est. *l. quidam. 27. ff. de cond. Instit.*

## Hic notanda est Regula Quod jus ultimarum voluntatum statutis mutari & penitus impediri possit.

Ultimæ enim voluntates non jure naturali, sive gentium primævo, ut Dd. loquuntur, introductæ sunt (hoc enim natura sua immutabile est, docente Imp. *in d. §. pen. Inst. de. I. N. G. & C.*) sed jure gentium propriè dicto, sive secundario, quod cum cursu suo mutabile esse, tum ipsa ratio usus & necessitatis humanæ, *d. §. 2. Inst. de I. N. G. & C.* tum exemplum servitutis moribus Christianorum ferè in totum sublatæ satis evincunt. Nam & jus Gentium, licet relatione habitâ ad jus civile immutabile fortassis non malè dici possit, tamen in se & ipsum positivum est, ut agnoscit etiam *Vasq. d. §. 1. n. 3. & n. 9.* adeoq; mutationi obnoxium, ut rectè *Wesenb. in π. ff. de Just. & Jur. n. 15. Ant. Fab. in Jurispr. l. Papin. l. 2. pr. 3. in f. Connan. 1. Comm. 6. n. 3. & 6. Treutl. vol. 1. D. 1. th. 4. lit. D.* Hinc & testamentorũ, seu ultimarum voluntatum jus statutis non restringi tantum, sed etiam tolli penitus

posse verius est: quemadmodum de ejusmodi statuto Geldriæ (quo testandi usus & facultas plane sublata est) testatur *Paul. Busf. ad l.1.ff. qui test.fac.poss.n.7. Non obstat l.si testamentum 10.C.de testam.* quo testam. ne Principis quidem rescripto rescindi posse constitutum est: quod autem Principis autoritate fieri nequit, id multò minus statutis locorum fieri poterit: cum Princeps suo jure leges condat §.*sed & 6. Inst. de I.N.G. & C.* municipes verò tantum ex Principis vel Superiorum conniventia. *arg.l. 3. §. 5.ff. de sepulch. viol. Schneid. ad §.3. Inst. d.t. de I. N. G. & Civ.* Respondetur enim committi fallaciam causæ, & decidendi rationem esse, non quod testamentum sit ex jure Gentium primævo, adeoq; immutabile; sed quod ex testamento legitimè facto heredi capaci jus quæsitum fuerit, idq; ne Pr. quidem rescripto auferri possit, *arg.l. venditor. 13. §. 1.ff. Comm. prædior.* cum rescripta Pr. semper ita intelligenda sint, ne cuiq; faciant injuriam, *l. 4. C. de emancip. liber.* Quippe alia & diversa planè est quæstio, an Pr. per modum legis condendæ jus ultimarum voluntatum in territorio suo tollere: & an salvo testamentorum jure ex testamento legitimè facto jus alicui quæsitum auferre possit? quorum ut prior omnino affirmanda est, per *d. §. 6. Inst. de I. N. G. & C. l. 1. de Legibus,* ita ad posteriorem meritò negativè respondent Impp. in *d. l. 10. C. de test.* Principes enim licet soluti sint legibus, secundum eas tamen vivunt, *§. ult. Inst. quib. mod. test. infirm. l. ex imperfecto. 23. ff. de legat. 3. l. 4. C. d. t. de legib.* Adde *Paul. Berens. D. ad Inst. 5. th. 1. q. 2.* Minus movet, quod testamenti factio privatorum pactis mutari non possit, *arg. d. l. 22. pr. ff. de legat. 2.* cum ea juris publici sit, *l. 3. ff. qui test. fac. poss. juncta l. jus publicum. 38. ff. de pact.* quæ autem pactis fieri non possunt, ea nec legibus vel statutis fieri posse videantur, *arg. l. fin. C. de rebus alie: non alien. l. fin. C. de fidejuss. juncta Gloss. in rubr. C. de decretis Decur. lib. 10. Everh. in Topicis. loc. à pacto ad legem p. n. 10.* Respondent enim idem Everhard. argumentum à pacto ad legem, statutum, vel consuetudinem negativè tum demum procedere, quando aliquid per pactum propterea fieri nequit, quod turpe vel contra bonos mores sit, *arg. C. erit autem. Dist. 4.* at hic pacto testamenti factio tolli nequit, non quod hoc natura turpe & contra bonos mo-

res sit, sed quoniam pacta juri publico derogare nequeant, *d. l 38. ff. de pact.* lege autem alia, vel statuto aut consuetudine etiam eâ, quæ publico jure constituta sunt, tolli posse dubitandum non est, per textum expressum in *l. de quibus. 32. inf. ff. de legib. §. pen. Inst. de jur. nat. G. & C.* Hinc multa, imò pæne infinita fieri possunt per legem, statutum & consuetudinem, quæ pacto fieri nequeunt, ut notat *Bart. in l. omnes populi. 9. ff. de Iust. & jur. & ex eo Everhard. d. loc.*

## Propinqua causa sunt ipsi disponentes.

De quibus hæc habenda Reg. quod Omnes qui non prohibentur, rectè mortis causa disponant, Sive masculi, sive fœminæ, sive filii, sive patres familias fuerint. De personis m. causa disponentibus hîc proponitur Reg. & Reg. duplex extensio, sive ampliatio, ut Dd. loquuntur. Reg. est, quod omnes ad dispositionem ultimarum voluntatum admittantur, qui prohibiti non reperiuntur, *arg. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procurat. c. 1. de procurat. in 6. arg. l. 1. §. 1. ff. de testibus Gloss. in l. 4. ff. qui test. fac. poss.* Quamvis enim *Hillig. ad Don. 6. Comm. 5. lit. B.* contrariam potius regulam statuendam existimet videlicet eos demum testamenti factionem activam; vel jus condendarum ultimarum voluntatum habere, quibus facultas illa vel generaliter vel specialiter concessa est, *arg. rubr. Inst. quib. non est permissum fac. testam. & l. 120. ff. de V. S. Sichard. ad rubr. C. qui test. fac. poss. n. fin.* tamen ipse de testamenti factione ex jure civili loquitur, non de facultate Jure Gentium regulariter cuivis tributa, *arg. d. l. 43. §. 1. ff. de procurat.* De qua tamen Reg. infrà suo loco in materia testamentorũ videbimus. Ampliatur (1) ut nihil referat, utrum masculi an fœminæ fuerint. *l. 5. ff. d. t. qui test. fac. poss.* Nam licet fœminarum fragile sit judicium, ita ut plerumq; contra propria laborent commoda, *l. 4. in f. C. de sponsalib.* & in multis juris nostri articulis deterior sit earum, quàm masculorum conditio, *l. in multis. 9. ff. de stat. homin.* ideoq; olim in perpetua tutela fuerint *Ulp. in fragm. t. 11. pr.* tamen id partim correctum hodie, *arg. §. 1. Inst. de tutelis. & l. 1. ff. eod. t.* partim huc accommodari non potest, sed tàm mulieres quàm

masculi, ut contrahere regulariter, *l. 1. & tot. t. ad SenatusC. Vellejan.* ita mortis causa disponere possunt, *d. l. 5. ff. qui test. fac. poss.* Adde *Vigl. ad pr. Inst. d. t. quib. non est permissum fac. test. quib. n. 4. & 5.* ubi statuto mulieribus jus testandi adimi posse putat. Deinde non tantùm patres sed & filiifam. jus ultimarum voluntatum habeant. Præterquàm enim quod JureGentium, (ex quo ultimas voluntates descendere diximus) discrimen inter filios & patremfam. attendi non videatur: cum patria potestas juris civilis inventum sit, *l. 3. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* nulla quoq; ratio est, cur filii tanquam patresfam. ex omnibus causis obligari possint, *l. filiusfam. 39. ff. de O. & A.* m. v. c. disponere ex Jure Gentium non debeant: cum utroq; casu verum sit, nihil tam naturali æquitati conveniens esse, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. quâ ratione. 9. §. hæ quoq. 3. ff. de adquir. rer. domin. & arg. t. Inst. de leg. Fuf. Canin. toll.* Nam cur in testamentis condendis nulla eorum regulariter habeatur ratio, ex causa civili est, ut infra suo loco ostendemus. Addi potest interim *Vigl. ad d. pr. n. 19.*

## Prohibentur quidam natura, quidam jure: & natura ob defectum vel animi, vel corporis.

Ob defectum animi prohibentur furiosi & impuberes. Furiosos enim nihil agere posse natura manifestum est. *l. 1. §. furiosum. 12. ff. de O. & A.* Unde non tantùm contractum nullum celebrare, *d. l. 1. §. 12. l. 5. ff. de R. I.* Sed nec ultimam voluntatem condere possunt. §. *præterea. 1. inst. quib. non est permissum fac. testam. l. filiusfam. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* Ratio expedita est, quoniam furiosi nō intelligunt, quod agunt, §. *furiosus. 8. Inst. de inutil. stipul.* mente carent. *d. §. 1. Quibus non est permissum fac. test.* nulla eorum est voluntas; *l. furiosi. 40. ff. de R. J.* ideoq; in iis quæ consensum desiderant, absentium vel quiescentium loco habentur, *l. 2. §. furiosus. 3. ff. de jure codicill. l. sed si. 18. §. filiofam. 11. ff. de injur.* Procedit autem hoc non tantùm in furioso in specie dicto, sed etiam in mente capto,

*l. in*

*l. in adversa. 17. ff. d. t. qui test. fac. poss.* Quamvis enim aliàs à se invicem differant; *l. 2. ff. de inoff. test. l. tam dementis. 28. C. de Episc. aud.* forte in eo, quod dementiæ appellatio generalior sit, & omnes comprehendat; sive quietâ quadam & tranquillâ mentis alienatione laborent, sive cum tumultu & clamore insaniant: furoris vero nomen tantùm ad eos pertineat, qui cum tumultu & clamore desipiunt, *arg. d. l. 28. C. de l. Episcop. aud. & l. furiosi. 25. C. de nupt. Coras. ad l. humanitatis. 9. de impub. & al. subst. pr. Alciat. 2. parerg. 16. Jas. in l. furiosum. 9. n. 2. qui test. fac. poss. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 84. & seqq.* tamen eodem plerumq; utuntur jure. *d. l. 28. C. de Episc. aud. d. l. 25. C. de nupt. §. 1. furiosi. 3. & §. seq. Inst. de curat.* & conseq. neq; inter vivos, neq; m. causa actum ullum gerere possunt, *d. l. 5. ff. de reg. jur. & l. 17. ff. qui test. fac. poss.* quoniam omnes mente carent, *d. §. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Deinde idem de fatuo etiam dicendum volunt: *arg. l. 2. ff. de postul. l. 21. ff. de rebus auth. jud. poss.* ubi fatuis non minus, quam furiosis curatores dari dicuntur. *Boër. d. dec. 23. n. 42. & pene Jason. ad d. l. 9. C. qui test. fac. poss. n. 2.* Verum hi fatuum in dd. textibus pro demente perperam accipiunt, cum potius simplicem, i. e. ineptum & ad res gerendas minus idoneum significet, ut monet *Brisson. de V. S. in verbo fatuus* : qui licet curatorem accipiat, testamentum tamen & alias ultimas voluntates ad exemplum minoris condere posse verius est, ut rectè *Joh. Fab. ad d. §. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. test. ibiq; Angel. Aretin.* Deinde hæc adsertio adeò vera est, ut ne statuto quidem induci possit, ut furiosi voluntas ultima valeat, *arg. d. l. 40. ff. de R. J.* quoniam ea, quæ naturæ adversantur, nullâ lege, nullô statuto, caveri possunt, *arg. l. quod non ratione. 39. ff. de legib. & c. fin. extr. de consuet. Jas. ad d. l. 9. n. 1.* Limitatur (1.) ut non procedat in eo furioso, qui dilucida intervalla habet: hunc enim tempore intermittentis furoris testari, aliamq; ultimam voluntatem condere posse, expeditum est, per *d. l. 9. C. qui test. fac. poss.* Hic dubium est quid dicendum, si non constet, an voluntas ultima tempore furoris, an intervallorum, sive induciarum condita sit? Et *Bald. ad d. l. 9. C. qui test. fac. poss. cum Oldrad.* distinguit, utrum tempus testamenti conditi vicinum furori, an remotum ab eodem fuerit, ut priori casu

furoris, posteriori verò intervalli tempore factum intelligatur. Verùm hæc distinctio per Dd. magis communiter reprobata est, qui regulariter omnes actus à furioso factos in dubio furoris tempore factos existimant, nisi fortè actus vel dispositio rectè & ritè facta sit: quo casu ex qualitate actus agentem vel disponentem sanæ mentis fuisse, adeoq; validum actum concludunt, *arg. l. si à furioso. 24. & l. furiosus. 46. ff. de O. & A.* Præsumtio enim furoris, qui in dubio durare præsumitur, *arg. c. indicas. 13. causa 3. q. 9. ibiq. Gloss. & in C. cum dilectus. 3. extr. de successionibus ab intest.* alia fortiori præsumtione, actus rectè & ut viro sanæ mentis convenit gesti eliditur: maximè cum aliàs etiam in dubio ea capienda sit interpretatio, ut actus valeat potiùs, quàm pereat *l. cum in testamento 24. ff. de rebus dub. cum simil. Nicol. Boër d. decis. 23. n. 88. Mantic. de conj. ult. vol. lib. 2. t. 5. n. 7.* Hinc testamentum Tuditani cujusdam notæ insaniæ, in quo filium heredem instituerat, validum pronunciarunt centumviri; quippe magis quod scriptum esset in tabulis, quam quis eas scripsisset, considerandum existimarunt, teste *Val. Max. lic. 7. c. 8. Adde Joseph. Ludovic. dec. 1. n. 13.* Sed quid si testatorem dilucida habuisse intervalla planè non constet & testamentũ nihilominus rectè & ritè à furioso factũ sit? Et hoc casu nullius momenti esse putat *Ias. ad d. l. 9. C. qui test. fac. poss. n. 2. in f.* idq; tutius esse putat *Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 90.* Verum qualitas actus rectè gesti, tanquam fortior, furoris præsumtionem tanquam debiliorem & hic elidere videtur, adeoq; testamentum valere, *arg. d. l. 24. & l. 46. ff. de O. & A.* cum furiosus plerumq; dilucida habeat intervalla, ita ut furor pene remissus videatur, *l. pen. C. de curat. furios. vel prodig.* de quibus licet non constet, tamen testamentum rectè & ex officio pietatis factũ, intermissionem furoris fuisse probabiliter arguit, ut rectè *Boër. d. dec. 23. n. 53. & seqq. Joseph. Ludov. d. decision. 1. n. 11. & seqq.* Secundo Limitatur, ut fallat in eo testatore, cui curator nondum datus est. Cum enim quivis sanæ mentis esse præsumatur, non sequitur eum, qui hodie furiosus est, etiam tempore testamenti facti furiosum adhuc fuisse, *arg. l. 2. ff. d. t. qui test. fac. poss. Corneus lib. 3. Consi. 216. n. 3. & ex eo Vasq. d. §. 1. n. 88.* Verùm ut ipse hoc cogitandum relinquit, ita temerè

temerè concedendū nō est; nisi fortè ipsius dispositionis qualitas testatorēeo tēpore sanæ mentis fuisse præsumtivè arguat per ea, quæ supra dicta sunt. (3.) Non procedit dicta adsertio, quando testes de furore alicujus deponētes, dicti sui rationē nullā adsignant, quā adsignare tenentur, etsi interrogati non fuerint: *Bald. Paul. de Castr. Jason. ad d. l. 9. C. qui test. fac. poss. & Dd. Comm. test. Vasq. d. §. 1. n. 39.* Sed hæc fortassis vera limitatio non est, cùm de furore testatoris nondum satis constet, & in dubio quem sanæ mentis potius, quam furiosum fuisse præsumendum sit, *arg. l. 5. C. de Codicill. ibiq; Gloss. & Dd.* (4.) Furiosum ad pias causas testari posse existimant, teste *Vasq. d. §. 1. n. 91.* Quæ opinio licet communiter à Dd. rejecta sit, ut videre est apud *Jas. ad d. l. 9. n. 1. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 5. n. 5. Tiraquell. de privileg. piæ causæ priv. 70.* tamen hactenus admitti posse videtur, ut ejus, qui neq; liberos, neq; parentes habens, bona sua ad pios usus converti voluerit, voluntas rata habenda sit, quasi hoc ipso ex actus qualitate sanæ mentis fuisse intelligi possit, *arg. eorum, quæ supra dicta sunt.* Deniq; Limitatur ut non procedat in moribundo, qui licet plerumq; mortis cogitatione perturbari soleat, in dubio tamen compos mentis præsumitur, adeoq; voluntatem ejus ultimam valere dicendum est, *arg. l. Seja. 42. in f. ff. d. m. c. donat. l. quoniam 13. & l. jubemus. 29. C. de test.* Nec obstat *l. hac consultissima. 8. vers. at cum humana fragilitas. C. qui test. fac. poss.* ex quo textu moribundum sanæ mentis non fuisse præsumendum putat *Paul. de Castr. vol. 1. Cons. 155. n. 3.* Respondetur enim, non sequi, moribundi mortis cogitatione perturbati, res plures memoria consequi non possunt; ergò furiosi aut non sanæ mentis esse præsumuntur. Cum experientia testetur, non rarò in extremis constitutos, ratione tamen & judicio satis valere. *arg. d. l. 15. C. de test. ibi: si modò per eam liquebit voluntatis intentio.* Neq; enim hîc quemlibet moribundum intelligimus, sed eum qui articulatè loqui & sensa animi sui commodè exprimere potest: quem utiq; sanæ mentis esse præsumendum est, *arg. d. l. 15. & l. 29. C. de test. Vasq. d. §. 1. n. 94. Mantic. d. l. 2. t. 6. Harpr. ad d. §. 1. Inst. quibus non est permissum facere testament. n. 14. & seqq.* Sed hîc quæritur, quid juris, si in agone constitutus ad interrogationem alterius,

fuit e Notarii schedam prælegentis annuat, vel respondeat, quod sic? Et jure Civili mutum testamentum condi non posse, sed nomen hæredis vel literis, vel voce testatoris omninò exprimendum esse expeditum est. *ex d. l. 29. C. de test.* at jure Gentium aliud dicendum videtur, tum quod eo jure nullæ solennitates requirantur, sed sola disponentis voluntas sufficiat, *arg. eorum, qui supra in pr. hujus cap.* diximus: tum quod fideicommissa etiam nutu relinqui potuerint, *l. nutu. 21. ff. de legat. 3. l. & in epistola. 22. C. de fideicommiss.* Si modo ab eo id factum, qui ratione adhuc valuit, & voluntatem suam nutu satis commode & sine ulla falsi suspicione declarare potuit. *arg. l. 21. ff. de legat. 3.* Multo magis autem idem statuendum, si moribundus non tantum nutu, sed etiam verbis assensum testetur, quo casu non tantum jure Gentium, sed & Civili testamentum rectè se habere verius est. *arg. d. l. 15. §. l. 29. C. de test.* Et quidem indistinctè sive testator Notario vel alteri voluntatem suam prius exposuerit, sive ipse sine mandato testatoris dispositionem aliquam in chartam conjecerit, eamq; testatori post modo prælegerit. *Gloss. in d. l. jubemus. 29. verb. quemadmodum. C. de test.* quam opinionem communiter approbatam testatur *Matth. de Afflict. dec. 143. n. 3. & Jul. Clar. d. §. testamentum. q. 37. n. 2.* Utroq; enim casu eadem videtur ratio, quod testator, dum dispositio ipsi prælegitur, & audit omnia, voluntatem suam si velit, vel consentiendo, vel dissentiendo declarare possit, *Fachin. 5. Contr. 69.* Verum *cum d. l. 29.* expressè in iis loquatur terminis, quibus testator prius Notario voluntatem suam exposuit, meritò *Glossa* etiam secundum textum istum accipienda est, maximè cùm aliàs deliberata voluntas dici non posset, & fraudibus ac malis suggestionibus facilè via aperiretur, *arg. d. l. 29. Clar. d. q. 37. n. 7. Fachin. lib. 10. Consf. 17. ubi à priori sua opinione recessit. Adde Schurff. cent. 22. consf. 49.* Illud expeditum, & fortassis inter limitationes non referendum, (quamvis id faciat *Jas. ad d. l. 9. C. qui test. fac. poss. n. 2. Vasq. d. §. 1. n. 95.*) quod testamentum ab homine sanæ mentis factum, superveniens furor non vitiet. *d. §. 1. Inst. quibus non est permiss. fac test. l. ult. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. test.* quoniam nec ullum aliud negotium rectè gestum irritum facit. *l. patr. 9. ff. de his qui sunt sui* vel

*vel alien. jur. l. oratione 16. inf. ff. de rit. nupt. l. si à reo. 70. §. si à furioso. 4. ff. de fidejuss. l. justo 44. §. eum qui 6. ff. de usurp. & usucap. l. nec mandante 10. §. 1. ff. de tutor. & curat. dat.* Ratio est, quoniam ea, quæ facti sunt, ut furor, non possunt infirmare ea, quæ sunt juris, ut testamentum. *arg. d. l. 8. ff. de his, qui sunt sui vel alien. jur. Gipb. ad d. §. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. ibiq. Dn. Conrad. Rittersh.* Præterea *Jas. ad d. l. 9. n. 7. & 8. Et Vasq. d. §. 1. n. 92.* aliam quoq; quæstionem de furioso tractant; An videlicet, si quis ante furorem deliquerit, ut capitalem pœnam subire debeat, in ipso furore puniri possit? Quæ licet ab hoc loco paulo alienior sit, tamen paucis eam explicare conabimur. Et *Bald.* quidem *in c. si quis an ille qui interf. fratrem domini c. 2. F. 37. n. f. ibiq. Alvar. Clar. 5. sent. §. ult. q. 60. Tiraquell. de pæn. caus. 3. & Dd. communiter.* furiosum ordinaria legis pœna capitali vel corporali puniri non debere, sed extra ordinem, pecuniaria aliqua pœna plectendũ esse existimant, (1.) quoniam pœna corporalis ideo irrogatur, ut delinquens affligatur: furiosus autem ipso furore satis puniri videatur, *l. Divus. 14. ff. de off. Præsid.* (2.) quia furiosus absentis & mortui loco habetur. *l. 17. §. 11. ff. de injur. cum simil.* absens autem capitali vel corporali pœna per naturam puniri nequit, *l. 5. ff. de pœnis.* quemadmodum nec mortuus. *l. 6. ff. de public. judic.* (3.) quia furiosus non potest dici de crimine confessus vel convictus: at nemo condemnari, vel puniri debet, nisi qui crimen confessus, aut de eo legitimè convictus est, *l. qui sententiam. 16. C. de pœn.* Hinc ne pecuniaria quidem pœna eum puniri pleriq; existimant, nisi furor supervenisset perfecto jam defensionum processu, ne aliàs non confessus condemnatus dici posset. *Clar. d. q. 60. n. 7.* Verum contraria opinio (licet in praxi fortassis à priore tanquam benigniore, quam in pœnis sequi jubemur, *l. pen. ff. de pœnis.* facilè recedendum non sit) in puncto juris verior est, ut monet *Jas. & Vasq. dd. loc.* Idq; per textum clarum *in d. l. 14. ff. de offic. Præsid.* in quo, si ante furorem, aut intervallorum tempore quis deliquit, nec morbo ejus veniam dandam esse, rescriptum est. Facit quod in pœnis infligendis tempus delicti, vel criminis commissi, non sententiæ ferendæ attendendum sit. *l. 1. ff. de pœnis.* Et pœnæ non tantum in emendationem

tionem eorum, qui deliquerunt, *l. si pœna. 20. ff. d. t.* sed etiam ut alii à simili facinorum perpetratione deterreantur, infligi soleant. *l. 1. §. 1. ff. de just. & jur.* Non movent, quæ supra pro contraria opinione allata sunt. Nam ad (1.) Respond. *d. l. 14. de offic. Præsid. pr.* non de quovis furioso sed eo tantum, qui in ipso furore deliquit, accipiendum esse ut is demum furore ipso satis puniri videatur: quod si verò ante furorem deliquerit, nec morbo ejus veniam dandam, ipse textus satis luculenter evincit: non obstante eo, quod Princeps prius consuli debeat vigore *d. l. 14.* ex quo nonnulli furiosum etsi ante furorem deliquerit, non puniendum, sed rem totam ad Principem referendam contendunt Immola *in C. Rainutius. extr. de test. allegatus à Jas. ad l. 9. C. qui test. fac. poss. n. 7. in f. Fachin. 9. contr. 3.* Respondetur enim textum hoc non dicere, nec quicquam aliud velle, quam quod in casu dubio, quo non satis constat, num furoris, an intervallorum tempore crimen commissum sit, Pr. consulendus sit; ex eo autem minus rectè inferri. etiam in casu certo, quando à sanæ mentis homine delictū perpetratum est, propter furorem supervenientem ad Pr. negotium referendum esse; sed potius nec furoris morbo quidem veniam dandam esse, *d. l. 14. ff. de off. Præsid.* Ad secundum dicendum est, furiosum absenti & mortuo comparari, non simpliciter, sed secundum quid, quando videlicet voluntas & consensus ejus necessarius est, *arg. d. l. 40. ff. de R. J.* nam in aliis casibus etiam obligari eum posse certum est, *arg. l. si à furioso. 24. l. furiosus. 46. ff. de obligat. & act. cum similibus.* in pœnis autem infligendis aliam rationem esse, cum eæ, non tam volentibus, quam invitis imponi soleant, *arg. l. inter. 83. §. 1. ff. de V. O. Adde Gœdd. de contrah. stip. c. 7. n. 115. & 116.* Ad tertium deniq; respondetur, ponendos esse terminos habiles, quando vel in ipso crimine deprehensus, vel aliàs ita notorium est, ut negari aut defendi factum nullâ ratione possit, quo casu ut frustra de defensione quæritur, ita in furioso imprimis, neq; ut confiteatur, neq; ut convincatur expectandum videtur. Unde facilè apparet, quid de eorum opinione sentiendum sit, qui ne sententiam quidem in sanæ mentis hominem latam, post furorem supervenientem executioni mandari debere contendunt, *Innoc. in d. C. Rainut. extr. de test.*

Nam

Nam nec *textus d. l. 14.* quicquam facit, ut monet etiam *Jas. d. n. 3.* nec superveniens furoris morbus pœnam tollere potest, *arg. l. 1. ff. de pœn.* Furioso confertur etiam impubes, *arg. l. 5. ff. de R. I.* ut ipse quoq; nec obligari sine tutoris authoritate §. *pupillus. 9. Inst. de inutil. stipul. l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de O. & A.* nec testamentum facere ullo modo possit, cum nullum ejus sit animi judicium. §. *præterea. 1. Inst. quib. non est permissum fac. test. l. 5. ff. eod. t. l. 2. C. quando provocare non est necessum.* Et hæc jure civili expedita sunt, quo masculus ante annum 14. fœmella ante 12. completum à testamēti factione in totum excluduntur. *d. l. 5. ff. qui test. fac. poss.* adeò ut ne quidem, si impubes postea pubes factus decesserit, dispositio valeat, *l. si filiusfam. 10. ff. d. t.* at Jure Gent. distinguendum videtur, ut infans quidem & infantiæ proximus, quorum nullam esse volūtatem experientia testatur, testamenta facere, vel alias voluntates ultimas condere non possint, *arg. d. l. 5. de R. I. & d. §. 9. Inst. de inutil. stipul.* pubertati verò proximi, quos jam doli capaces esse constat, *l. pupillam. 111. ff. de R. I.* à testificatione non omninò excludantur, quum & olim interdum testamentum facere potuisse, puta si Tribuni militum, *l. fin. C. de test. milit.* vel si cœlibatum professi fuissent, testatur *Cujac. lib. 3. sent. Paul. t. 4. & Borch. ad d. §. 1. Inst. d. t.* Adde *Vigl. Zuich. ad d. §. 1. Inst. quibus non est permissum test. fac. n. 1.*

## Ob corporis defectum ab ultimis voluntatibus arcentur muti & surdi.

*§. item surdus. 3. Inst. quibus non est permiss. fac. test. l. 6. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* Ubi muti appellatione non is qui tardè loquitur, v. g. balbus, nec surdi vocabulo Surdaster accipiendus est. Sed revera Surdus & mutus, qui nihil planè audire aut loqui potest. *l. 1. §. pen. & ult. ff. de O. & A.* Distinguendum autem hîc est, utrum vitia ista conjuncta, an disjuncta sint, utrum à prima statim nativitate adfuerint, an ex adversa valetudine aliove casu supervenerint. Et siquidem quis vel mutus tantùm, vel surdus tantùm, seu naturâ, seu ex accidente fuerit, illum quidem per scripturam, si literas noverit,

verit, hunc per nuncupationem voluntatem suam exprimere posse expeditum est: quemadmodum & de eo, qui mutus & surdus simul ex accidente est, quin testari per scripturam possit dubitari non oportet, *per l. 10. C. d. t. qui test. fac. poss.* Quod si verò quis naturâ utroq; laboret vitio, ab omni planè ultima voluntate removetur, *in d. l. 10. pr.* Idq; Jure Civili ita expresse cautum est; sed an jure gentium idem dicendum, dubium ex eo redditur, quod quidam etiam naturâ surdum & mutum saltem concedente Principe (quem naturalia aut gentium jura mutare non posse cōstat *ex §. pen. Inst. de I. N. G. & C. §. 2. inf. Inst. de usufr.*) testari posse existiment, *per l. 7. ff. d. t. qui test. fac.* Si modo intellectu & judicio non destituatur, *arg. l. servo. 65. §. si pupillo. 3. in f. ff. ad SenatusCons. Trebell. Sylvest. Aldobrand. ad d. §. 3. Inst. quibus non est permiss. fac. testam. Bald. Alex. & alii ad d. l. 10. C. qui test. fac. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 172.* Verùm negativa verior est, videlicet, naturâ mutum & surdum ne quidem ex Pr. concessione ullam voluntatem ultimam condere posse, *arg. d. l. 10. pr.* Quamvis enim fortassis mutus & surdus interdum judicio valere, & pleraq; negotia inter vivos satis benè peragere possit: cujusmodi exemplum refert *Vasq. d. n. 172. & Sich. ad d. l. 10. n. 5.* attamen vix est, ut ejusmodi signa & gesticulationes incertæ & dubiæ in ultimis voluntatibus recipi possint: cum ad hoc ut valeant & effectum habeant, de mente & sensu disponentis palam constare debeat, *arg. §. 1. Inst. de militar. testam.* nemo autem gesticulationes istas & signa plenè percipere: nec interpretibus in re tā seriâ tuto fides haberi posse videatur, ut rectè *Vigl. Zvich. ad d. §. 3. Inst. quibus non est permiss. test. fac. n. 3.* Nec obstat *d. l. 7. ff. qui test. fac. poss.* quoniam non de eo, qui natura mutus & surdus est, loquitur, sed de muto tantum, vel surdo tantum, quem si id à Pr. impetraverit testamentum facere posse, facilè concedimus; imò si literas noverit mutus, etiam sine speciali concessione ipso jure ultimam voluntatem condere poterit. *d. l. 10. C. d. t.* Minus ad rem facit, quod fideicommissa nutu relinqui possint, *l. & in epistola. 22. C. de fideicomm.* Respondetur id non de muto, sed eo, qui aliàs loqui potest, intelligendum esse, ut is demum nutu fideicommissum relinquere possit, *l. nutu. 21. ff. de legat. 3. Vigl.*

*ad d. §. 3. n. 3. Paul. Bus. ad l. heres. 21. n. 15. ff. qui test. fac. poss.* Nec jure Can., quicquam hac in re mutatum est, ut ibidem monet *Bus. n. 6. Adde Jason. ad d. l. 10. C. qui test. fac. poss. n. 1.* His jam consequens est, nec militem naturâ mutum & surdum testari posse. Quod enim Pr. specialiter concedere nequit, id nec in genere privilegio militari tribuere voluisse censendus est; maximè cum nec inter milites quidem mutus & surdus simul recipi posse videatur, ut monet *Vigl. Zuich. ad §. quin imò. 2. Inst. de mil. test. n. 1.* Nec obstat *d. §. 2. Inst. de test. milit.*, quem de muto & surdo accipit *Gloss. ad d. l. & Dd. comm. teste Vasq. d. § 1. n. 69.* Respondetur enim, non quidem hunc textum ad jus antiquum pertinere, & jure Cod. amplius privilegium militare non esse, sed omnibus etiam paganis jure communi competere *ex d. l. 10. C. qui test. fac. poss. Bach. ad d. §. 2. de milit. test. n. fin.* quoniam ita sequeretur, pugnam inter jus Pandectarum, Institutionum, & Codicis esse, contra mentem Imp. Justiniani, qui in Institutiones & Pandectas jus jam enucleatum relatum esse testatur in *constit. Cordi. §. 1. de emend. Codic.* Adde *Giph. in præfatione speciali ad ll. codic.* Sed vel textum de iis militib. accipiendum, qui alterutro laborant vitio, vel etiam utroq; , ex morbo post militiam susceptam superveniente, ut ii licet literas non norint, tamen voluntatem suam signis & notis coram testibus declarare possint. *Jason. ad d. l. 10. C. qui test. fac. poss. n. 1.* vel *d. §. 2.* eò tantum pertinere, ut miles surdus vel mutus, iis casibus qubus pagani jure communi testantur, jure militari sine solennitatibus testari possit, *arg. l. 4. ff. de test. militis*, in quo textu dubium non fuisse, an miles mutus & surdus testari posset, sed an jure communi, an verò ex privilegio militari dispositio ejus valeret, monet *Jason. ad d. l. 10. n. 1.* Ratio dubitandi esse potest, quoniam vitium naturæ in testamenti factione, communis juris solennitate supplendum videbatur, *arg. l. hac consultissima. 8. C. qui test. fac. poss.* In primis in militibus, quorum ipsorum interest, ne falsitates circa ultimas eorum voluntates committantur, *arg. §. planè 1. inf. Inst. d. t. de milit. test. Adde Vigl. Zuich. ad d. §. 2. de milit. test. & Sichard. ad d. l. 10. n. 5. inf.* Præterea ex eodem principio & eorum corruit opinio, qui mutum & surdum simul natura ad pias causas testari posse, existimant, *per c.*

*cum testes. 10.& c. seq. extr. de testam. Bald. & Alex. ad d. l. 10. & alii allegati à Vasq. d. §. 1. n. 174. & 175.* Nam cum ejusmodi mutum & surdum non Civili tantum, sed gentium etiam jure ab omnibus ultimis voluntatibus arceri dixerimus, consequens omninò est ne ad pias quidem causas (in quibus jus gentium præcipuè attendi volunt) eum testari posse. *Jason. ad d. l. 10. & Dd. comm. teste Sich. ad d. l. n. fin.* Aliud dicendum in cæco, qui cum accire testes & audire sibi testimonium perhibentes possit, ultimas quoq; voluntates eum condere, saltem per nuncupationem posse dubitandum non est. *Paul. 3. sent. 4. §. 4.* Jure tamen Civili solennitates quædam propositæ sunt, quas cæcus testari volens adhibere omnino necesse habet; ut *(1.)* præter 7. testes etjam Notarium, aut si is habere nequeat, octavum testem advocare debet. *(2.)* Notarius voluntatem testantis palam enunciatam in scripturam redigere, vel ab alio in scripturam redactam testatori prælegere, ejusq; mentem exprimere: & *(3.)* tam Notarius quā testis subscribere & signacula sua apponere debet, *l. hac consultissima 8. C. qui test. fac. poss.* Quæ cum in testamentis nuncupatis aliàs non requirantur, apparet cæci hoc testamentum, cum scripto testamento in multis convenire, ut monet etiam *Sichard. ad d. l. 8. C. qui test. fac. poss. n. 7.* Unde non simpliciter nuncupativum, sed mixtum potius dicendum esse notat *Vigl. ad §. pen. n. 2. Inst. quibus non est permiss. fac. test.* (4.) Requirunt Dd. ut testator coram Notario & testibus convocatis expresse & formaliter dicat, se sine scriptis testari velle, *d. l. 8. pr. Angel. Aret. ad d. §. pen. n. 2. Bart. Paul. de Castr. ad d. l. 8. & Dd. comm. teste Sichard. n. 2.* (5.) Ut cœcus initio, ante legata & fideicomm. aliaq; testamenti capitula hæredis institutionem ponat, *d. l. 8. C. qui test. fac. poss. ibiq; Bart. Angel. Aretin. ad d. § pen. n. 2. Alciat. lib. 5. Paradox. c. 16. n. 4.* Verùm cum Justin. formalia ista verba, & ordinem eorum sustulerit, *in l. in testamentis 26. l. Ambiguitates. 24. C. de test. & §. ante. 34. Inst. de legat.* nec aliàs omnia *in d. l. 8.* relata ad formam testamenti à cœco condendi pertineant, sed quædam etiam in aliorum testamentis adhiberi soleant, dici fortassis potest. *d. l. 8. quæ Justini est,* secundum Constitutiones Justiniani recentiores accipiendam esse, ut ea, quæ de verbis formalibus & subtilitate ordinis attinguntur, ne

in cœci quidem testamento, præcisè necessaria sint, sed salvo eô omitti possint, quò inclinat *Jason. ad d. l. 8. qui test. fac. poss. nu. 1. & Sichard. n. 2. & 3.* Non quidem quasi per dd. constitutiones Justinian. *d. l. 8.* hactenus derogatum sit, ut putat *Gloss. in d. l. 8. Vigl. ad d. §. pen. n. 3. & alii* ( id enim in textibus Juris imprimis legibus Cod. recipiendum non est propter *Constit. Cordi §. 3. & 4. de emend. Codic. D. Justin.* ) Sed potius eam secundum novam Just. Constitutionem explicandam, *l. non est novum. 26. ff. de legib.* & ea, quæ de verbis formalibus & ordine adjiciuntur, ad communem modum testandi, tempore Justini observari solitum referenda esse. *Giph ad d. l. 8. C. qui test. fac. poss.* Facit quod aliàs quoq; omissio levioris & non satis firma ratione munitæ solennitatis testamenta vitiare non soleat, ut docet *Bald. Jas. & Sich. ad d. l. 8.* Et quod in dubio, quando circa testamentum diversæ sunt Dd. opiniones, semper ea sequenda sit, quæ testamento favet, *l. si pars. 10. ff. de inoff. test. c. f. extr. de re judic. Iason. ad d. l. 8. n. 3. Sich. n. 10.* Adde *Schneid. ad d. §. pen. n. 5. & Harpr. n. 3. & seqq. aliquot.* Accedit authoritas *Speculatoris, lib. 2. de instrumentorum edit. §. compendiose. n. 43.* quæ tanquam patris practicæ in judiciis ferè attendi solet, ut testatur *Ias. & Sich. d. loc.* Et hæ solennitates non tantum in testamento, sed etiam in codicillis à cæco faciendis expresè requiruntur ab Imp. *in d. l. 8. vers. quæ in eundem. C. qui test. fac. poss.* Ubi de vero sensu istius versiculi aliæ atq; aliæ sunt Dd. opiniones. Nam quidam putant vigore istius, etiam in codicillis octo testes vel septem cum Notario requiri, *Iac. de Butr. Bald. Angel. Roman. & Alexand. ad d. l. 8.* Contra verò alii *d. vers.* ad reliqua capitula præter numerum testium referunt, adeoq; in Codicillis etiam cæci 5. testes sufficere volunt. *Gloss. Salic. & Paul. de Castr. ad d. l. 8.* Verum neutra opinio recipienda videtur: non prior quoniam verosimile non est, Imper. in Codicillis cæci majorem solennitatem & numerum testium, quàm in testamento exigere voluisse, cum in testamento unus tantum, in Codicillis verò tres ultra consuetum numerum requirerentur: neq; posterior, quoniam verba textus generaliora sunt, quam ut restrictionem istam ferre possint, utpote quæ expressè sonant, eundem modum ( ubi in proximè præcedentibus etiam

de Notario & testibus egerat) in codicillis quoq; observandum esse. Rectius itaq; *Iason. ad d. l. 8. n. 10. vers. istum* ita interpretatur, ut quemadmodum in testamento ultra 7. testes, quos jure communi in quovis testamento requiri constat, tantum Notarium, vel Octavum testem requirit; ita quoq; in codicillis cæci, ultra 5. testes, qui jure communi necessarii sunt, Notarius vel in ejus defectu sextus testis requiratur, adeoq; proportio inter testamentum & codicillos justa observetur. Quam opinionem *Iason.* sequitur etiam *Sich. ad d. l. 8. n. fin.* Præterea dubium hic exoriturde testamento patris inter liberos, an parens cæcus inter liberos testamentum condens solennitates *in d. l. 8.* requisitas observare necesse habeat? Et *Fulgos.* quidem relatus à *Iason.* affirmativam tenet: quoniam *d. l. 8.* generaliter loquitur, & textus specialis in *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de test.* de scripto tantum patris testamento agit, quale cæcum facere non posse. expeditum est. Verum *Gloss. & Dd. magis communiter d. §. ex imperfecto* tam de nuncupato, quam scripto patris testamento accipiunt: & dato non concesso, cum ad scriptum tantùm pertinere, tamen *l. filij. 16. & l. fin C. famil. ercisc.* generaliter loquuntur, & ad omnia testamenta tam nuncupativa quam scripta referri possunt, ut notat *Ias. ad d. l. 8. n. 4.* qui distinguendum putat, utrum in testamento inter liberos æqualis an planè inæqualis facta sit institutio, ut priori casu pater cæcus solennitates *d. l. 8.* negligere, & coram duobus testibus testari possit: Posteriori verò eas omninò observare teneatur. Rationem differentiæ reddit: quoniam priori casu falsitatis suspicio, quæ augmentum solennitatum in cæci testamentum induxit, cesset, cum liberi aliàs ab intestato æqualiter ad successionem parentum vocentur: posteriori verò propter magnam istam inæqualitatẽ inter liberos falsitatis suspicio adhuc durare videatur, *arg. l. cũ oportet. 6. pr. C. de bon. qua liber. Sichard. ad d. l. 8. n. 12.* Sed cũ inæqualitas ista ad certũ modũ hactenus restricta sit, ut legitimam liberis jure debitam minuere non possit. *l. omnimodo. 30. C. de inoff. test. §. sed hac. 3. & 5. fin. Inst. eod. tit.* & nova Justin. Constitutio in *d. l. 8. C. qui test. fac. poss.* ea quæ ante ipsum de testamento patris inter

ter liberos specialem & privilegiatam decisionem habuerunt, sine expressione, quoad cæcum mutasse non videatur, indistinctè fortassis teneri potest, patrem cæcum inter liberos, sive æqualiter, sive inæqualiter eos instituat, etiam non observatis solennitatibus, *d. l. 8.* testari posse. Testamenta enim inter liberos ad jus Gentium quodammodo redacta sunt, quo solennitates istas non requiri supra diximus. Idem dicendum de testamento ad pias causas, quod ipsum etiam gentium magis quam civili jure valere receptum est. *c. cum esset. 10. & c. seq. extr. de test.* Quod admittit *Angel.* si piis & venerabilibus locis aliquid sit relictũ. in quibus cesset falsitatis suspicio; non in privatis certis pauperibus, qui propter egestatem ad delicta inclinant, atq; ita decipere testatorem cæcum possunt. Contrarium tenet *Alex.* videlicet indistinctè testamentum cæci ad pias causas sine istis solennitatibus juris positivi valere, *arg. d. c. 10. & 11. extr. de test.* Cujus opinio generalitati dictorum textuum satis convenire & probari etiam videtur. *à Jason. ad d. l. 8. n. 4. in fin.*

## Jure Gentium prohibentur servi, ab hostibus capti, obsides, & de statu suo dubitantes: Jure Civili prodigi, & olim capitis damnati.

De servis res expedita est per *l. filius. 16. ff. qui test. fac. poss.* quoniam non tantum Civilis & Prætorii juris communionem nullam habent, *l. 1. qui testamentô 20. §. servus. 7. ff. d. t. l. nullo modo 7. ff. de L. Corn. de fals.* adeoq; pro nullis habentur, *l. quod attinet 32. ff. de R. I.* sed etiam juris gentium capaces non sunt, *l. 4. ff. de just. & jur. §. 1. Inst. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Accedit quod utroq; jure bona nulla habeant, *d. §. 1. §. item vobis 3. Inst. per quas person. cuiq; adquiri.* de quibus testari possint. *arg. §. filius. 9. t. 20. infra gm. Ulp. Vigl. Zuichem, ad d. pr. quibus non est perfac. testam. n. 1. Ant, Fab. in Iur. Pap. tit. 7. pr. 3. illat. 2. & illat. 5. confut. 1.* Quamvis enim idem *Ant. Fab. t. 2. pr. 1. p. 85.* servos jure genti-

gentium quoq; computari expresse scribat: tamen ipsum jus naturale cum jure gentium ibidem confundere, & ad jus gentium etiam ea referre, quæ ex simplici ratione naturali fluunt, satis apparet: aliàs eo jure gentium quod propter usum & necessitates humanas receptum est, & ex quo ultimas voluntates ortum habere supra diximus, servos non computari, non diffitetur. Non obstat quod servi contrahere & obligari ex contractibns saltem naturaliter possint. *l. servi. 14. ff. de condict. indeb.* contractus autem pene omnes ex jure gentium introducti sint. §. *2. inf. Inst. de I. N. G. & C. l. 5. inf. ff. de just. & jur.* Respondetur enim non quidem contractus & obligationes ex ipso jure naturæ esse, cum *Val. Riemer. Ill. J. D. 9. q. 4.* (hoc enim *dd. textibus* satis convenire non videtur, utpote qui procul dubio de jure gentium propriè & in specie dicto loquuntur:) nec etiam servos ne naturaliter quidem obligari, nisi quatenus verbo obligationis abutimur, illudq; ad factum magis, quam jus referimus, *arg. l. si quod 64. ff. de condict. indeb. l. nec servus. 41. ff. de pecul. Connan. 2. Comm. 3.* (nam & hoc vix recipi potest, cum jure naturæ liberorũ & servorũ par & eadem sit ratio, *d. l. 32. ff. de R. J.* adeoq; tam hi quam illi naturalis obligationis capaces, *d. l. 14. de O. & A. & d. l. 13. ff. de condict. indeb.*) sed potius contractus quidem ex jure gentium esse, sed nihilominus post receptos communi gentium consensu contractus, ex iis naturalem obligationem oriri posse: cum naturalis obligatio nihil aliud sit, quam æquitatis naturalis vinculum. *l. fidejussor. 59. ff. de condict. indeb. l. Stichum. 59. §. naturalis. 4. ff. de solut.* cujus servos etiam capaces esse colligitur *ex d. l. 32. ff. de R. J. Adde Arum. Exerc. 12. th. 9.* Quæ ad nostrum casum ultimarum voluntatum accommodari haut possunt: maximè cum servi jus stipulandi & contrahendi à persona domini habeant. *pr. Inst. de stipul. servor.* jus ultimarum voluntatum autem à persona domini mutuari posse non videantur. Excipiebatur tamen olim servus pop. Romani publicus, cui de dimidia peculii sui parte testari permissum erat. *Ulp. in fragm. d. t. 20. §. ult.* Ad servos pertinent & capti ab hostibus, qui alienæ potestati subjiciuntur, & servi hostium efficiuntur. *§. 4. Inst. de jur. person.* adeoq; testari vel aliam voluntatem ultimam

in

in potestate hostium constituti condere nequeunt, *l. ejusd. 8. pr. ff. qui test. fac. poss. l. facere. 10. ff. de test. milit.* Quod si ante captivitatem fortè testamentum rectè & ritè fecerint, sustinetur illud, sive redierint, sive apud hostes decesserint, *§. fin. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* & illud quidem jure postliminii, quod eos semper in civitate fuisse fingit, *§. si ab hostibus. 5. Inst. quib. mod. jus pat. potest. solv.* hoc ex l. Cornelia, quæ captos primo statim captivitatis momento, cives adhuc Romanos decessisse fingit. *l. Lege Cornelia. 12. ff. qui test. fac. poss. & l. in omnibus. 18. ff. de capt. & postlimin. revers.* Adde *Cujac. ad d. l. 12. qui test. fac. poss.* Non omninò dissimiles servis sunt, etiam obsides, sive ab hostibus populo Romano, sive à populo Rom. hostibus securitatis publicæ causa dati fuerint. *Gl. ad l. obsides. 11. ff. d. t. qui test. fac. poss.* Cum enim & hi in hostium quodammodo potestate sint, & non servata fide in vitam & bona eorum sæviri possit, *arg. l. Divus. 31. ff. de jur. fisc.* æquè ac servi ab ultimis voluntatibus repelluntur, *d. l. 11. ff. qui test. fac. poss.* Circa quem textum dubium est, de quibusnam obsidibus accipi debeat? Et Gloss. quidem de utrisq; accipit, sive à pop. Romano hostibus, sive ab hostibus populo Romano dati fuerint. Quod quoad testamenti factionem omninò verum est, ut modò dictum, textui autem satis convenire non videtur. *Gregor. Lopez. lib. sing. animadv. jur. civil. 18. n. 8. & 9.* de obsidibus à populo Rom. datis. *d. l. 11.* interpretatur: tum quia in aliis nulla specialis dubitandi ratio, cum generali ratione, quia peregrini sunt, satis arceantur: tum quia in his ratio est, quod sint quasi servi in hostium potestate, ut nisi fides servetur etiam necari possint. Contra verò *Don. 5. Comm. 6. Duar. ad d. l. qui test. fac. poss. pag. mihi. 318. circ. fin. Cujac. ad d. l. 11.* de iis obsidibus, qui publicæ fidei gratia ab hostibus populo Romano dati sunt, *istam l.* accipiunt. Et hæc opinio præferenda videtur: tum quia id quod de permissione Pr. ibidem dicitur, non satis commodè ad alterius generis obsides referri potest: tum etiam quod horum demum bona, si qua forte Romæ habeant, tanquam captivorum fiscus occupet, *l. Divus. 31. & l. seq. ff. de jur. fisc.* Nec movent rationes Lopezii: quoniam ad (1.) respondetur, hanc ipsam esse dubitandi rationem, quia peregrini sunt, decidendi verò rationem su-

mi ex permissione Pr. *d. l. 11. & d. l. 32. de jur. fisc.* Ad (2) verò respondere potest concedendo, nec illos quidem obsides testari posse, sed de iis textum non agere, uti supra jam attigimus. Additur tamen duplex exceptio, una in *d. l. 11.* nisi iis permissum à pr. videlicet vel populo Rom. in libera Republ. quoniam testamenti factio non privati, sed publici juris est, *l. 3. ff. d. t.* Altera nisi usus togæ concessus fuerit, *d. l. 32. ff. de jur. fis.* Cum enim toga Romanorum civium fuerit propria, usu ejus concesso & jus civium Romanor. adeoq; testamenti faciendi concessum intelligitur *d. l. 32. ff. de jur. fisc.* Adde de obsidibus *Alber. Gentil. lib. 2. de jur. bell. c. 19.* Quæ autem de captivis diximus, de iis accipienda sunt, qui in justo & legitimo bello ab hostibus capti sunt, quando videlicet populus Romanus, vel alii populo Rom. bellum publicè decreverunt, *l. hostes. 24. ff. de capt. & postlim. reversf. l. hostes. 118. ff. de V. S.* Nam capti à latronibus prædonibus libertatem, & consequenter jus testamenti faciendi retinent, *l. qui à latronib. 13. ff. d. t. qui test. fac. poss.* Iidem dicendum de iis, qui in bello civili capti sunt, qui servi capientium etiam non fiunt, *l. si quis. 21. §. 1. ff. d. t. de captiv. & postlim. reversf.* Hinc cùm inter Christianos, qui omnes cives Romani, *arg. l. in orbe. 17. ff. de stat. hominum.* & fratres sunt, *c. ad mensam. 24. causa. n. q. 3.* dissensiones potius civiles, quàm justa bella esse videantur, capti quoq; servi non fiunt, & conseq. jus ultimar. voluntatum retinent, *arg. d. 13. ff. qui test. fac. poss. Duar. ad t. d. t. Lopez. d. c. 18. n. 7. Alciat. in d. l. 118. de V. S. n. 2. & 3.* Sed quid de iis Christianis sentiendum, qui ab hostibus Christianis nominis, puta Turcis, Sarracenis capiuntur? Et ne hos quidem servos fieri, sed testamenti factionem aliaq; jura retinere contendit *Covarruv. in c. peccatum. 5. de R. J. in 6. part. 2. Relect. 2. 11. n. 6.* eumq; secutus *Alvar. Valass. tom. 1. consult. 30. n° 8. & 9.* Verùm cum ipsi præsupponant ex parte infidelium cum Christianis nunquam justum bellum, sed latrocinium potius esse, id autem ita simpliciter & generaliter vix concedi possit, verior fortassis est contraria opinio, videlicet inter infideles & Christianos jura bellorum & captivitatum adhuc durare, proinde ita captos servos effici, testamenti factionem aliaq; jura amittere, *arg. d. l. 24. ff. de capt. & postlim.*

*lim. reverſ. & d. l. 13. ff. qui teſt. fac. poſſ. Alciat. ad d. l. 118. ff. de V. S. n. 3. Treutl. vol. 2. D. 10. th. 2. lit. F.* Imo fortaſſis nec inter Chriſtianos ſemper bella tantum ſunt civilia. Quid enim ſive Galli cum Hiſpanis, Sueci cum Danis, vel Polonis bella gerant, utiq; cum non unius, ſed diverſorum regnorum Cives & Principes ſint, non civilem diſſenſionem, ſed juſtum bellum inter eos eſſe oportet, *d. l. 24. ff. de capt. & poſtl. reverſ.* Non obſtante *ſupra alleg. l. 17. de ſtatu hominum*, quæ de imperio Rom. ſubjectis omninò accipienda eſt. neq; *d. c. ad menſam. cauſa 11. q. 3.* quæ de fraternitate & ſocietate ſpirituali, non autem politica ſatis apertè loquitur; propter quam jura bellorum, captivitatum & ſervitutum minimè tolli dicendum eſt: quemadmodum natura cognationem quandam inter omnes homines conſtituit, *l. ut Vim. 3. ff. de juſt. & jur.* & tamen ea cognatione non obſtante, bella & conſeq. captivitates atq; ſervitutes jure Gentium introductæ ſunt, *l. 4. ff. d. t. & §. 2. poſt fin. Inſt. de J. N. G. & C.* Sed nec illud communem iſtam opinionem tueri videtur. Quod vulgo exiſtiment, Imp. adhuc hodie eſſe mundi dominum, omnesq; reliquos Principes & Reges. licet de facto Imp. non recognoſcant, jure tamen ei ſubeſſe debere; poſt alios à ſe allegatos *Treutl. vol. 1. D. 1. th. 5. lit. A. Cluten. in ſyllog. rer. quotid. th. 1. lit. B.* Nam ut taceam, quod Impr. Roman. nunquam totius terrarum orbis dominus fuerit, & quod non pauci de privilegiis & exceptione glorientur, eodem jure quo pleræq; gentes à populo Rom. ſubjectæ & in ſervitutem redactæ ſunt, ſe ipſas in libertatem iterum vindicare ipſis licuit, ut rectè docet *Bach. ad Treutl. d. th. 5. lit. A. & vol. 2. D. 32. th. 1. lit. B.* Nihilominus verum eſt ſervitutem inter Chriſtianos, quaſi communi omnium conſenſu ſublatam eſſe, & in bello captos λύτρῳ ſive pretio ſoluto dimitti, adeoq; nec de jure poſtliminii, nec fictione legis Cornel. amplius laborandum eſſe, ut ſupra ex *Duar. Lopez. & Alc.* diximus, quamvis nonnulli Reipubl. Chriſtianæ magis conſultum fore exiſtiment, Si inter Chriſtianos quoq; juſta & moderata ſervitus adhuc in uſu eſſet. Vide *Dn. Scip. Gentil. in Comm. in Epiſt. D. Paul. ad Philemon.* Deniq; jure Gentium à teſtamenti factione vel jure ultimarum voluntatum arcentur, & ii, qui de ſtatu ſuo dubitant, *l. de ſtatu. 15. ff. qui teſt. fac. poſſ.* V. gr. ſi quis

testamento domini manumissus, ignoret dominum decessisse, aditamq; ejus esse hereditatem, testamentum facere non potest; quoniam qui incertus de statu suo est, certam legem dicere testamento non potest, *l.14.ff. d.t. Duar. ad eund. tit.* Dubitari potest de prodigis & capitis damnatis, an & isti jure gentium ad testamenta condenda aliasq; ultimas voluntates inhabiles dici possint. Ratio dubitandi esse potest in illis quidem, quod prodigalitatis vitium statim etiam ante magistratus declarationem vel interdictionem voluntatē ejusq; plenū usum iis auferre videatur, *arg.l.his qui 12.§.ult.ff. de tut.& cur. dat.l.1.ff.de curat. furios.cum similibus*; in his verò quod per sententiā servi pœnæ efficiātur. § *pœna 3. Inst. quibus mod. jus patr. potest. solv. l.6.§.sed & si 6.ff.de injust.rupt. & irrit.test.* Servos autē jure gentium ultimarum voluntatū incapaces esse supra docuimus. Decidendi verò ratio est in prodigis, qui licet furiosum rerum suarum faciat exitum, nihilominus tamen perfectè velle & consentire possint, adeoq; etiam contrahere & testamenta facere. §. *item prodigus. 2. Inst. quibus non est permiss. fac. test.* Saltem post interdictionem à magistratu factam, tam contractus celebrare, quàm ultimas voluntates condere prohibentur, *d. §. 2. l. 15. cum. 18. ff. d. t. qui test. fac. poss. l. furiosi. 40. ff. de R. J.* quam prohibitionem merè civilem esse, vel ex eo patet, quòd omnes actus ante interdictionem facti jure subsistant & valeant, *d. §. 2. cum simil.* In condemnatis verò, quod servitus ista pœnæ jure civili introducta sit, *arg. d. §.3. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solv. juncta N. 22. c. 8.* Non jure gentium quo ipsos liberos manere, & conseq. liberam testamenti factionem retinere expeditum est. Sed & jure civili prohibitio hæc sublata & hodie etiam ad capitale supplicium damnatis testamenti faciendi jus restitutum videtur. Eo ipso enim dum *Imp. Justinian.* servitutem pœnæ sustulit *in d. N. 22. c. 8.* & bona damnatorum confiscari prohibuit *N. 134 c. ult.* etiam jus ultimarum voluntatum restituisse iis tacitè intelligendus est, *Wesemb. in tr. ff. d. t. qui test. fac. poss. n. 13.* Non movet quod textum *d. N. 22. c. 8.* nonnulli ad eos restringere conentur, qui post sententiam vivi remanent, *Dec. & Cagnol. ad l. servitutem 209. ff. de R. J.* quoniam restrictionem istam generalis clausula & ratio subjecta ferre non videtur, ut ex ipso textu

faci-

facilè apparet. Deinde non obstat, quod damnati civitate adhuc careant, *d. l. 6. ff. de injust. rupt. & irrit. test. l. qui ultimo. 29. ff. de pœn.* & vel ideò testamenti factione carere debent, *arg. d. l. 8. §. 1. ff. qui test. fac. poss. Arum. Exerc. 7. th. 7.* Respondeti enim potest, dum libertas hodie damnatis relinquitur, & jus civitatis relictum censeri, quemadmodum & olim civitatem nonaliter, quam per servitutem pœnæ amittere solebant, *d. l. 6. §. 6. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Tertio errant qui damnatos adhuc hodie intestabiles esse putant, *Clar. 3. sent. §. testm. q. 21. n. 1. Matth. Coler. part. 1. decis. 34. n. 3.* Non enim omnes ex quacunq; causa ad supplicium damnati intestabiles sunt, sed illi tantùm, quos ipsa lex tales esse jussit, *l. cum lege. 26. ff. qui test fac. poss.* quales sunt ob carmen famosum damnati, *d. l. 18. §. 1. ff. d. t. l. ob carmen. 21. ff. de testib. l. 5. §. 9. ff. de injur.* & hæretici *Auth. Credentes. C. de hæretic. & Manich. Vigl. ad §. testes 6. Inst. de testam. n. fin. & Bach. n. 3.* Adde de hac voce intestabilis *Forst. de success. lib. 3. c. 2.* Deniq; non resistit, quod bona non tam ipsis, quam descendentibus & adscendentibus ad certum gradum relicta sint, *d. N. 134. C. ult. Bach. ad Treut. vol. 2. D. 10. th. 2. lit. A.* Respond. enim hoc verum esse, si ab intestato decesserint, alias eo ipso, quod bona non amplius confiscantur, jus de iis disponendi tacitè relictum videri: non quidem simpliciter, sed ut eos, qui ab intestato successuri erant, heredes instituãt: quemadmodũ, & aliàs nonnũquã jus heredis instituendi, aut substituendi ad certas personas restrictum videmus, *arg. l. 9. C. de impub. & al. substit. & l. 6. C. de intest. & inutil. nupt.* Et hæc opinio generali consuetudine recepta est, ut testatur *Clar. d. q. 21. n. 1. inf. & Coler. d. Decis. 34. n. 6.* & constitutione Electorali confirmata *p. 3. constit. 6.* ubi videri potest post alios à se allegatos *Ben. Carpzov. def. 1. & 2.*

CAP.

## CAPUT III.

# DE MATERIA ET FORMA ULTIMARUM VOLUNTATUM.

MAteria ultimarum voluntatum in genere est omne id, quod disponens post mortem suam fieri velit, in specie bona ejus propria, libertates, tutorum dationes, & similia capitula.

*l. 1. ff. qui test. fac. poss. N. 115. c. 3. & c. 4. inf.* Hic initio expedienda quæstio, An quis non tantum de suis & propriis, sed etiã alienis rebus disponere mortis causâ possit? Ubi dubitandi ratio est, tum quod legari res alienæ possint, *§. non solum. 4. Inst. de legat. l. cum alienam. 10. C. eod. t.* legata autem ad ultimas voluntates pertinere expeditum est: tum quod & in venditionem res alienæ rectè deducantur, *l. rem alienam. 28. ff. de contrah. emt.* à contractibus autem ad ultimas voluntates valida sit argumentatio per *textum in t. Inst. de l. Fus. Canin. toll. inf.* Decidendi contra ratio est, quod nemo plus juris in alium transferre, quam ipse habeat, *l. nemo. 54. ff. de R. I. & l. nemo. 120. ff. eod. t.* nec quisquam testamentum alteri facere possit; cum incivile sit, & contra bonos mores alteri successorem constituere, *arg. l. ult. ff. de pact. Bald. in c. sequitur. pr. de success. feud. 1. F. 8. n. 3. Tiraq. de privil. pia caus. 21. Wes. in π. ff. qui test. fac. poss. n. 9. & de hered. instit. n. 5.* Non obstat (1.) quod de legato rei alienæ dictum. Respond. enim accuratè loquendo & in legato testatorem non de re aliena, sed suâ propriâ disponere: cum legato rei alienæ nihil aliud contineatur, quam ut heres rem, si justo pretio possit, redimere, sin minus, justam æstimationem solvere teneatur, *d. §. 4. Inst. l. non dubium. 14. §. ult. ff. de leg. 3.* Quæ æstimatio procul dubio non aliena, sed propria disponentis res esse intelligitur. Si quis autem quærat, cur ergo heredem in rebus a-

lienis

lienis hoc modo nemo instituere possit, diversitatis ratio expedita est, quoniam in legato heres est, qui rem præstare, & ex quasi contractu conveniri potest, *d. §. 4. de legat. & §. heres. 5. Inst. de obligat. quæ q. ex contr. nasc.* in hereditatis autem alienæ donatione nemo est, à quo heres institutus alienam hereditatem petere possit, *Bach. ad Wesenb. d. t. de hered. instit. n. 5.* ubi rectè notat. *Wesenb.* differentiam ex eo, quod heres, non legatarius, Juris successor sit, *§. legatariis 11. Inst. de testam.* petentem. Sed in eo fortassis nimis rigidus est censor, quod rationem illam, quod nemo plus juris in alium transferre possit, ineptam appellet, cum verissimam eam esse, & tam in ultimis voluntatibus, *d. l. 120. de R. I. l. aliud. 160. §. ult. d. t.* quam actibus inter vivos procedere constet, *l. alienatio 67. ff. de contrah. emt. l. in his. 175. §. 1. ff. d. t. de R. Jur. l. qui in jus. 177. eodem. t.* Deinde non movet exemplum venditionis *ex d. l. 28. ff. de contrahenda emtion.* Nam responderi potest, nec venditorem plus juris in emtorem rei alienæ transferre, quam ipse habet, sed tantum salvo jure domini, qui semper rem auferre potest, *d. l. 28. de contrah. ent.* se ipsum astringere, ut vel rei possessionem vacuam, vel evictâ re, ejus pretium præstare velit, *l. exemto. 11. §. 2. l. servus. 30. § 1. ff. de action. emt. l. si ita 25. §. 1. ff. de contrah. emt.* Accedit quod hoc ipsum in venditione favore commerciorum receptum sit, cum in pignore aliisq; quibusdam contractibus res aliena utiliter intervenire non possit. Qua de re, cum hujus loci non sit, videri potest post alios à se allegatos *Bach. lib. 2. de pignor. c. 3.* Limitatur, ut valeat etiam universalis de rebus alienis dispositio, si dominus consenserit, *arg. l. 8. §. 11. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv. Vasq. de successione creat. lib. 2. §. 17. n. 77.* Quæ limitatio, an jure subsistat, non immerito dubitari potest, cum voluntas ultima ab alieno arbitrio pendere non debeat, *ut supr. c. 1. diximus.*

**Illud nihil interest, utrum de bonis omnibus, an de parte aliqua, an de re certa fiat dispositio.**

Est enim in arbitrio cujusvis, vel de omnibus suis bonis, quæ post se relinquit, vel de parte aliqua, puta dimidia, tertia, quarta, vel etiam de re certa, veluti fundo, equo, bove, &c. in ultima voluntate disponere. *arg. l. verbis. 120. ff. de V.S.* Ubi (1) videndum, quid bonorum appellatione hic veniat. Et notum est bonorum appellationem aut naturalem, aut civilem esse. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, id est, beatos & locupletes efficiunt, *l. bonorum, 49. ff. de V.S.* Unde propriè bona dici non possunt, quæ plus incommodi quam commodi habent, *l. propriè 83. ff. d. t.* sed ea tantum, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum. 39. §. 1. ff. eod. l. 2. §. 1. ff. de collat. bon. l. mulier 72. inf. pr. ff. de jur. dot.* Civiliter bona intelliguntur de universo patrimonio, *l. bonorum 208. ff. de V.S.* Sive onus habeat, sive emolumentum adferat, sive detrimentum: ideoq; tum etiam æs alienum, adeoq; omnia commoda, & incommoda comprehendit, *arg. l. 1. ff. de bonorum possess.* Sic bona accipiuntur. in *l. 1. & tot. t. C. de bon. vacant. lib. 10.* Succedit enim fiscus in omnia ejus jura, cujus bona fisco delata sunt, *l. quidam. 96. §. 1. ff. de legat. 1. l. quod placuit. 37. ff. de jur. fisc.* Sic bona caduca semper cum onere intelliguntur, *l. un. C. de Caduc. toll Ulp. in fragmentis t. 17. §. ult.* Verum hoc loco, posteriori hâc significatione vocabulum bonorum accipi vel ex eo patet, quod de materia vel subjecto ultimarum voluntatum sermo sit; quo casu bona propriè appellantur, quæ universalitatem quandam ac jus successionis, & non singulas res demonstrant, *d. l. 208. de V.S.* quæq; omnia commoda & incomoda continent sive solvendo bona sint, sive non sint, sive damnum habeant, sive lucrum, sive in corporibus sint, sive in actionibus, *l. 3. pr. ff. de bon. poss.* imo quæ juris magis, quam corporis intellectum habent, etiamsi nihil corporale adfuerit, *d. l. 3. §. 1. de bonor. poss.* Et hoc sensu bona non differunt ab hereditate, quæ & ipsa juris nomen est, *l. hereditatis. 119. l. pecuniæ. 178. §. 1. ff. de V. S.* & sine ullo corpore juris intellectum habet, *l. hereditas. 50. ff. de hered. petit.* quippe aliud hereditas, aliud res hereditariæ *§. fin. Inst. de rebus corp. & incorpor. l. in eo. 33. §. 1. ff. de adquir. rer. domin. l. si homo. 35. ff. de usurp. & usucap.* Quod non animadvertens *Senec. lib. 6. de benef. c. 5.* discrimen hoc acutas JCtor.

ineptias

ineptias appellat: JCtorum inquit acutæ istæ ineptiæ sunt qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quæ in hereditate sunt, tanquam aliud sit hereditas, quam ea, quæ in hereditate sunt, secutus fortassis *Cic. in Topic.* qui hereditatem describit pecuniam, quæ morte alicujus ad alium pervenit. Sed hic procul dubio hereditatem pro ipsis rebus hereditariis accepit, quemadmodum & jure nostro interdum accipitur, *l. 1. inf. pr. l. 2. pr. & passim. ff. famil. ercisc.* Ille verò aut non intellexit discrimen hoc, aut dissentiendi libidine abreptus, sciens prudens frustra JCtos exagitat, monente *Dn. Conr. Rittersh. lib. 6. sacrar. lect. c. 1.* quippe discrimen hoc in jure expeditum est, nec supervacuum esse, patet ex iis, quæ supra dicta sunt, & fatetur etiam *Lips. in not. add. lib. 6. de benef. c. 5.* Adde *Forner. ad l. nihil est. 24. ff. de V. S. ibiq; Gœdd. Cujac. tr. 4. ad Affric. inf. ad d. l. 208. ff. de V. S.* Illud hic parum movet, quod civilis hæc bonorum appellatio, adeoq; discrimen illud hereditatis, & rerum hereditariarum, simplicitati gentium juris, ex quo sunt ultimæ voluntates in genere, convenire non videatur. Responderi enim potest, civilem hanc appellationem dici respectu ipsius vocabuli bonorum, quod à beando dictum, lucrum tantùm & commodum continet, *d. l. 49. ff. de V. S.* aliàs vix negari posse, quin jure ultimarũ voluntatum ex ratione naturali recepto, *ut supra c. praced. pr.* ostendimus, etiam hoc receptum sit, ut cuivis de universis suis bonis disponere liceret, & defuncto eo, omnia jura activa quàm passiva in successorem transire possent. Sed & dato eo, rationem hanc transferendi hereditatem, & jura activa & passiva magis ad jus Civile pertinere, quo refert eam etiam *Bach. ad pr. Inst. de test. n. 3. inf.* tamẽ ipsa hereditas, sive bonorũ quædã universitas etiã juri gentiũ nõ omninò incognita videtur: & utut fuisset, tamen jure civili inductam, & jure Gentium pro commodiore usu ultimarum voluntatum receptam fuisse valde probabile est: quemadmodum & aliàs novum non est, ut ea, quæ origine & natura sua juris Civilis sunt, usu apud gentes recipiantur, *arg. l. an inutilis. 8. §. ult. ff. de acceptilat.* Deinde monendum hîc est, aliud esse de parte bonorum, fortè dimidiâ, vel tertiâ disponere, aliud de re singulari & certa, puta fundo. Nam priori casu dispositio sequitur naturam totius,

 ut

ut & pars hac proportione tam commoda quam onera contineat, *arg.* §. *nihil. a. 8. Inst. de fideicomm. hered.* Quæ enim ratio totius est, quoad totum, eandem & partis quoad partem esse oportet, *l. quæ de tota. 79. ff. de R. V.* Posterior verò dispositio lucrum tantum tribuit, *arg. §. 1. Inst. de legat. & l. legatum. 36. ff. de legat. 2.* Deniq; notandum, ex jure Gentium legata æquè ac fideicommissa in quavis ultimâ voluntate rectè relinqui. Nam hoc jure qualemcunq; defuncti voluntatem valere vel ex eo patet, quod testamentum militare, patris inter liberos, secundum *Dd.* ad jus gentium redactum videatur, adeoq; in his nuda disponentium voluntas subsistat, *l. 1. inf. pr. ff. de test. milit. l. hâc consultissimâ 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testam.* Jure civili primis temporibus legata quidem valebant, *l. verbis. 120. ff. de V. S.* sed fideicommissa omnia erant infirma, nec quisquam invitus præstare cogebatur id, de quo rogatus erat, donec postea Divus Augustus semel iterumq; vel gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur; jusserit consulib, autoritatem suam interponere. Quod cum justum videretur paulatim conversum in assiduam jurisdictionem, tantusq; eorum favor factus, ut tandem etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicomm. jus diceret, *pr. Inst. de fideicomm. hered.* Sed & receptis iis, laxior fuit illorum, quam legatorum natura, ut fideicommissa etiam ab intestato in quacunq; voluntate ultima, legata verò tantum in testamentis rectè relinquerentur. *§. præterea 10. Inst. d. t. de fideicomm. hered.* Verum dum Imp. Justin. legata & fideicomm. per omnia & in omnibus exæquavit, *l. 2. C. communia de legat. §. sed non 3. Inst. de legat.* simul quoq; effecisse credendus est, ut legata non in testamento tantum, sed quavis ultimâ voluntate hodie relinqui possint, non obstante *d. §. 10. de fideicomm. hered.* qui vestigium juris veteris procul dubio continet, à Justin. propterea relictum, ut cognitis differentiis permixtio & exæquatio noviter introducta tanto facilius percipi posset, ut ipse monet *d. §. 3. Inst. de legat. Equin. Bar. ad d. §. 10. de fideicomm. hered. ibiq; Harpr. n. ult. Mynf. n. 5.* Ubi obiter notandum, exæquationem hanc legatorum & fideicomm. ad particularia tantum pertinere, non ad universalia, ut putat *Mynf. ad d. pr. de fideicomm. hereditatib. n. 6. &*

*Gædd.*

*Gædd. ad l. pecunia. 178. §. pen. ff. de V. S. ibiq, Alciat. n. 11.* quoniam ea etiam hodie adhuc distinctam à legatis naturam retinent, & non ordinaria aliqua actione in rem vel in personam. sed extraordinaria persecutione tantum peti possunt, *d. l. 178. §. pen. in f. Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. ult. in f.*

Forma ultimarum voluntatum vel interna est, vel externa. Interna est, quod in casum mortis directæ sint, nec prius, quam morte disponentis vigorem recipiant.

*arg. L. 1. ff. qui test. fac. poss.* In eo enim essentiale discrimen est inter ultimas voluntates, & actus inter vivos, quod hi statim valeant, ita ut altera parte invita revocari amplius nequeant, *l. 5. C. de O. & A.* Illæ verò post mortem demum confirmentur, & ab ipso disponente, quam diu vivit, pro arbitrio revocari possint, ut *supra c. 1.* quoq; diximus. Hinc & illud fluit, quod viventis nulla sit hereditas, *l. 1. & l. 7. ff. de hered. vel act. vend.* quippe præmatura spes hereditatis est, cum adhuc vivit is de cujus bonis quæritur, *l. 1. §. si impubere. 21. ff. de collat. bon.* & improbata omnis de hereditate viventis conventio, *l. f. C. de pact.* Ex quo principio ulterius infertur, quod filius accepta certa pecunia, filia dote acceptâ hereditati parentis aut querelæ renunciantes, post obitum patris nihilominus ad hereditates cum aliis liberis admittantur, *l. pactum. 15. C. de pact. l. hereditas 5. C. de pact. conventis tam super dote &c. l. si quando 35. §. 1. C. de in offic. testam.* Pactio enim super hereditate nulla interposita & ipsa nullius momenti est, *d. l. 1. & l. 7. ff. de hered. & act. vend.* nec hereditatis nondum delatæ ulla repudiatio, *l. nec is 17. in f. ff. de adquir. vel omitt. hered. cum similibus.* Unde si parens intestatus decedat, non obstante tali pacto, in partem virilem filius vel filia admittuntur: si verò pater testatus decesserit, filia in dote tantum, vel filio in accepta pecunia instituto supplementum legitimæ petere non prohibentur, *l. scimus. 36. C. de inoff. testam.* Non adversatur *l. ult. C. de pact.* ubi valet pactio de viven-

tis & consentientis hereditate interposita. Respond. enim aliam esse rationem istius pactionis & aliam hujus nostræ, quoniam ibi licet consentienti pœnitere, adeoq; actus ille non tam in vim pacti, quam ultimæ voluntatis valere videtur: item ibi non de hereditate omittenda liberis jure naturæ debita agitur, sed de hereditate inter collaterales dividenda, ut docet *Bart. & Dd. comm. eosq; secutus Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 3. n. 26. & seq.* Ex juris Canonici tamen authoritate renunciationes ejusmodi valent, & renunciantes obligant, si jusjurandum intervenerit. *c. quavis. 2. de pact. in 6. ubi Canonistæ comm. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18.* Et hæc opinio consuetudine Germaniæ, aliorumq; locorum recepta est, ut testatur *Zas. lib. 1. cons. 1. n. 51. Geil. 2. obs. 122. Mynf. cent. 3. obs. 26. Vult. vol. 2. Cons. 29. n. 36.*

Externa est, quod vel per Scripturam, vel sine ea; verbis vel directis, vel precariis; purè, vel in diem, vel sub conditione concipiantur.

Neq; enim testamentum tantum aliud scriptum est, aliud nuncupatum, *§. 1. & §. ult. Inst. de testam.* Sed etiam codicilli & aliæ quævis voluntates ultimæ, *l. ult. C. de codicillis.* Et siquidem per nuncupationem, sine scriptura ultima voluntas facta fuerit, duobus ad minimum testibus, ea probanda est, *c. cum esses. 10. extra de test.* quos aliàs etiam in quovis actu tam divino quam humano jure sufficere constat. *Deut. 19. vers. 15. Matth. 18. vers. 16. c. in omni. 4. & c. licet. 25. extra de testibus. l. ubi numerus. 12. ff. eod. t.* Non obstat *d. l. ult. §. ult. C. de Codicill.* ubi 5. testes in quavis ultima voluntate requiruntur: Respondetur enim, id ex jure Civili ita constitutum esse, jure verò gentium duos sufficere, colligitur ex testamento militari, & parentum inter liberos, quod utrumq; ad jus gentium redactum, ideoq; duos sufficere testes communiter placuit. *Adde Treutl. vol. 2. D. 13. th. 6. lit. B. ibiq; Bach.* Nec interest, utrum masculi an fæminæ fuerint, *arg. l. ex eo. 18. ff. de testibus.* Nam cur à testimonii dictione in testamentis arceantur mulieres, ratio

non est, in sexus infirmitate, ut putat *Gloss. & Dd. in l. qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. qui test. fac. poss. Vasq. lib. 2. de success. creat. §. 12. n. 34. Donell. 6. comm. 7.* sed quoniam testium adhibitio non tantum ad probationem, sed solennitatem etiam testamentorum pertinet. *§. 2. & 3. Inst. de testamentis ordin.* Ad solennia autem in cætu virorum peragenda mulieres adhiberi non consueverunt. *Adde Hillig. ad Donell. d. c. 7. lit. K.* Hinc in testamentis minus solennibus, quale est parentum inter liberos, mulieres rectè adhiberi post alios docet *Vasq. d. §. 12. n. 17. & seqq.* Idem dicendum videtur de codicillis, in quibus ipsis etiam testes, non tam ad solennitatem, quàm probationem requiruntur. *arg. d. l. ult. C. de Codicill. Gloss. & Dd. in d. l. 20. §. mulier. 6. ff. qui test. fac. poss. Vasq. d. §. 12. n. 12. Harpr. ad §. testes. 6. Inst. de test. n. 4. & seqq.* Quamvis contrarium velit *Dec. ad l. 2. ff. de R. J. n. 26. Bach. ad d. §. 6. n. 2. Treutl. vol. 2. D. 5. th. 8. lit. E.* Verum prior opinio, uti communius recepta, ita verior quoq; videtur, cum nusquam mulieres à testimonii dictione in codicillis prohibeantur, sed potius tacitè admitti intelligantur, eo ipso, quod testes adesse possunt omnes, qui non prohibentur, *l. 1. §. 1. ff. de testibus.* Quod si verò in scriptis ultima voluntas condita fuerit, testes planè necessarii non sunt, sed satis est, si ab ipso disponente scripta *auth. Quod sine C. de testam. N. 107. c. 1.* vel subscripta fuerit, *arg. l. emtor. 47. ff. de pact. Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 14. Hieronym. Panthman. quæst. jur. lib. 2. q. 1. n. 4. & q. 4. n. 6. & 10.* Neq; movet quod in testamento militis etiam in scriptis facto testes requiri videantur. *§. 1. Inst. de militari. test.* cum duorum testium adhibitio jure Gentium introducta sit, adeoq; remitti militibus non potuerit. *Geil. 2. obs. 110. n. 17. & Dd. comm.* Nam contrarium & omninò verius esse videtur, militis testamentum etiam sine ullis testibus validum esse, si modo ab ipso scriptum fuerit, *l. milites. 15. C. de test. milit.* Ad hoc enim ut militis voluntas valeat, nihil amplius requiritur, quam ut legitimis probationibus ostendi possit, *l. Divus. 24. l. Lucius. 40. pr. ff. eod. t.* legitimæ autem probationes non tantum per testes, sed per scripturam quoq; expediri solent, *l. 1. l. 4. ff. de fide instrum.* Neq; aliud constitutum est in *d. §. 1. de milit. testam.* quoniam ibi tantum facti species proponitur,

tur, in qua miles convocatis hominibus voluntatem suam testamento proponere voluit: quod uti ipsi licet, ita minus rectè inde infertur, non aliter quam testibus adhibitis eum testari posse. Neq; testium adhibitio in testamentis jure gentium est, sed jure civili introducta, ut apparet ex §.*2.* & *3. Inst. de test. Arum. Exerc. 7. th. 13. Bronch. cent. 2. miscell. ass. 22.* Sic frustra quoq; est *Cujac. consult. 1.* dum testamentum patris inter liberos omnino testes requirere contendit; tum quia testamentum à testibus dictum sit: tum quia nullum testamentum, neq; codicillus absq; ullis testibus subsistat, *arg. l. ult. C. de codicill.* Nam testamentum non à testibus, sed mentis testatione dici docet *Impr. in pr. Inst. de test.* & regulare quidem esse, ut testes in testamentis adhibeantur, sed excipi testamentum patris inter liberos satis patet *ex l. fin. & auth. seq. C. famil. ercisc. l. 21. §. 1. & Auth. seq. C. de testam. Fachin. 4. Contr. 1. Bronch. cent. 2. miscell. 10. Geil. 2. obs. 112. Mynf. cent. 5. obse. 28* Secundo nihil refert, utrum voluntas ultima verbis directis, concipiatur, puta, do, lego, heredem institu, vel an obliquis sive precariis, puta, peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo, *l. quoniam. 15. C. de testam. l. 2. C. de Comm. de legat. l. eam, quam, 14. C. de fideicomm.* Quamvis enim jure Civili olim non levis inter hæc esset differentia, attamen jure gentium ea non attenditur, & Civili quoq; tandem à Justin. ferè sublata est, ut supra jam diximus. Deniq; ad externam formam pertinet, quod voluntates ultimæ vel pure in diem vel sub conditione fieri possint. §. *heres. 9. Inst. de hered. instit. l. 1 ff. de Condit. & demonstr.* Purè fit dispositio, quæ neq; diem, neq; conditionem adjectam habet; puta Titius mihi heres esto, Sempronio fundum Cornelianum, do, lego. Et hanc omni jure tam civili quam Gentiũ valere expeditũ est. Dies vel certus est vel incertus: ex certo die, vel ad certũ diẽ heres institui nemo potest, puta post quinquẽniũ, quã moriar, vel ex Calẽdis illis vel usq; ad Calẽdas illas hæres esto: sed dies pro non adjecto habetur, & proinde est, ac si purè heres institutus fuisset, *d. §. 9. Inst. de hered. instit. l. hereditas. 34. ff. eod. t.* Ratio cur institutio ista non valeat, in genere (sive dies tanquam terminus ad quem, sive tanquam terminus à quo adjectus fuerit,) est, quia in paganis nemo pro parte testatus, pro parte

inte-

intestatus decedere possit, *l. 7. ff. de Reg. Jur.* nequidem ratione temporis, *arg. l. potest. 56. ff. d. t. de hered. instit. l. miles. 41. ff. de test. milit.* In specie verò quoad priorem casum, quoniam qui semel heres factus est, heres esse non desinit, *l. ei, qui 88. inf. ff. de hered. instit. l. ait Prætor. 7. §. sed quod. 10. in f. ff. de minor.* Ut autem dies institutionem non vitiet, sed pro non adjecto habeatur, favor testamentorum efficit, ut sustineantur potius, quam corruant, *arg. l. ubi 21. ff. de reb. dub. l. cogi. 16. in f. ff. ad sc. Trebell.* cum ultima elogia exitum habere publicè intersit, *l. 1. C. de S. S. Eccles. l. ult. C. de posthum. hered. instit.* Aliud servatur in legatis, in quibus dies adjecta non detrahitur, sed hoc operatur, ut ante diei adventum legatum efficaciter peti nequeat, *l. 1. §. 2. ff. de Condic. & demonstr. l. si dies. 21. ff. quand. dies legatorum:* quemadmodum nec debitum ex obligatione in diem contracta ante tempus cum effectu peti posse constat, *§. omnis. 2. Inst. de V. O. l. eum, qui 41. ff. eod. t.* Differentiæ ratio inter heredum institutiones & legata in promtu est, quoniam regulæ superiùs allegatæ, quæ heredis institutionem impediunt, in legatis manifestè deficiunt, utpote in quibus dies adjecta non efficit, ut quis pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat; nec qui semel heres est, heres esse desinat. Quæ differentiæ cum jure Civili constitutæ sint, facilè colligitur jure Gentium ne in heredum quidem institutionibus diem appositam detrahi, sed hoc operari, ut tam hereditates quam legata solvi quidem statim possint, sed peti cum effectu ante diei adventum nequeant, *arg. d. l. 1. §. 2. de condic. & demonstr. & d. l. 21. ff. quand. dies legator vel fideicomm.* Hinc si quis ita disponat; Titius heres esto usq; ad calend. Junias, postea Cajus heres esto, jure gentium voluntas ista defuncti omnino effectum habere videtur, ut ad Calendas Junias Titius, postea Cajus hereditatem obtineat. Jure Civili autem ratio juris id non patitur, *arg. d. l. 88. in f. ff. de hered. instit. cum similib.* & res ipsa difficultate non caret, variæq; sunt nostrorum opiniones. Nam *Bald. in l. extraneum. 9. C. d. t. n. 2.* tacitè fideicommissum ista dispositione contineri existimat, ut Titius rogatus videatur Cajo hereditatem restituere; quemadmodum & eo casu, quo quis heredem ad certum tempus instituit, & postea heredem esse prohibuit, fidei-commis-

commissum inducunt, ut videatur rogatus, hereditatem proximis abintestamento venientibus restituere, *arg. l. ex facto. 17. & l. Scævola. 76. ff. ad Sen. Trebell. Gomez. var. res. 1. c. 2. n. 10.* Alii verò detracto tempore utrumq; in hereditate concurrere existimant. *Bart. in d. l. hereditas. 34. ff. de heredibus instit. Salic. in d. l. extraneum. 9. C. eod. t.* Et hæc posterior opinio præferenda videtur, quoniam & aliàs dies certa institutioni adjecta detrahi, & institutio pro pura haberi solet, *d. §. 9. Inst. de hered. instit. ibiq; Joh. Fab. & Vigl. n. 7.* Nec movet exemplum ex *Gomez.* allatum, vel quia huic nostro dissimile est, vel quoniam illud ipsum etiam difficultate non caret, ut fatetur ipse *Gomez.* dum *Bart. in d. l. hereditas* institutionem non valere & successioni ab intestato locum esse putat; *Bald.* verò heredem ita institutum universaliter & perpetuò vitio temporis sublato heredem esse existimat. Cujus sententia juri nostro, & iis, quæ dicta sunt, magis convenire videtur, *arg. d. §. 9. & d. l. 34. ff. de hered. instit.* Dies incertus tripliciter considerari potest, (1.) an & quando exiturus sit, veluti, cum uxorem quis duxerit, cum consul factus fuerit. (2.) An sit exiturus, veluti cum pubes erit: quia ante pubertatem mori potest. (3.) Quando sit exiturus, veluti cum quis morietur: certum enim est moriturum, sed incertum quando. Et hic dies incertus, pro conditione habetur, *l. dies 75. ff. de condic. & demonstr. l. 1. §. 2. ff. eod. t.* ideoq; institutioni rectè adjicitur, & tanquam conditio expectanda est. Idq; prioribus duobus casibus satis expeditum est, per *d. l. 21. pr. ff. quando dies legator.* Sed ultimo distinguunt, utrum dies adscripta in persona tertii: veluti cum Cajus morietur, Titius heres esto: an verò in persona ipsius heredis, Titius cum morietur, heres esto. Et illo casu diem pro conditione quoq; haberi, expeditum est, cum Cajus præmori, adeoq; conditio vivo instituto existere possit, *d. l. extraneum. 9. C. de heredibus instit.* quam de isto casu accipit *Jason. n. 1.* hoc verò dubium est, an detracto die, purè heres sit, quod *Gloss. voluit ad d. l. 9. arg. l. si pupillus. 9. §. 1. ff. de novat.* an verò heres demum sit, cum dies advenerit, sive cum morietur; quæ est *Azonis* opinio apud *Accurs. ad d. l. 9. arg. l. ult. ff. de condic. Instit.* pro quo & hoc adduci potest, quod dies incertus in testamento simpliciter conditionem

faciat,

faciat, *d. l. 75. ff. de condic. & demonstr.* & quod nominatim huncce diem incertum, cum heres morietur, conditionem inducere scriptum sit. *in d. l. 1. §. 2. ff. de condic. & demonstr.* Verùm posteriori huic interpretationi obstat, quod nemo hereditatem sub conditione relictam adire possit, cum nondum delata sit: neq; adeò appareat, quomodo quis in ipso mortis articulo animum suum de adeunda hereditate declarare possit. Unde prior opinio præferenda videtur: videlicet detracto die hoc, licet incerto, heredem purè institutum intelligi: quam probat *Jas. ad d. l. 9. n. 2. Joh. Fab. & Angel. Aretin. ad d. §. 9. de heredib. instit.* Non obstat quod etiam hic dies incertus pro conditione sit. *d. l. 1. §. 2. ff. de condic. & demonst.* Respondetur enim, condicionem, quæ omnino extitura est, pro non adjecta haberi per *d. l. 9. §. 1. ff. de novat.* Deinde discrimen faciendum inter heredum institutionem, & legatum, quoniam legatum rectè ita relinquitur, cum nihil amplius requiratur, quam ut moriatur legatarius, adeoq; legatum ad hæredem transmittatur, *l. 5. §. 2. & d. l. 21. ff. quando dies legat.* at in hereditate necessarium est, ut post conditionem existentem heres hereditatem adeat, cum aliàs hereditas non adita ad hæredes transmitti non possit, *l. un. §. 5. C. de caduc. toll.* Minus movet, quod obligatio rectè concipiatur in casum, quo moriturus est creditor vel debitor. *§. ita autem. 14. Inst. de inutil. stipul.* Nam hic nihil amplius requiritur, quàm ut existat conditio, adeoq; pura reddatur obligatio: in heredis autem institutione amplius quid requiri, patet ex iis, quæ modo dicta sunt. Super est ut de conditione etiam pauca adjiciamus; quæ nihil aliud est, quam adjectio, quâ actus vel negotium ineventum vel casum aliquem differtur, *§. sub conditione. 4. Inst. de V. O.* Non est enim conditio casus ipse, ut voluit *Bart. ad d. l. 1. ff. de condic. & demonstr.* sed adjectio illa quæ casum habet, ob quem & in cujus eventum actus suspenditur, ut rectè *Azo in summ. C. de condic.* infert. *& Accurs. ad rubr. ff. d. l. de condic. & demonstr. Adde Gadd. de contra. stipul. c. 8. n. 130. & seqq.* Unde facilè apparet condicionem eam demum propriè esse, quæ in futurum concipitur, puta si Titius consul factus fuerit, *d. §. 4. de V. O.* Nam quæ ad præsens vel præteritum referuntur

runtur, impropriè & secundum figuram verborum magis, quam re ipsâ conditiones sunt & dicuntur: veluti si Titius Consul fuit, vel si Mævius vivit, *arg. l. Cornelius. 69. ff. de hered. instit.* Ideoq; vel statim nullum reddunt actum, vel planè non differunt. Quæ enim per rerum naturam certa sunt, non morantur dispositionem, licet apud nos incerta sint, §. *conditiones. 6. Instit. d. t. de V. O. & l. cum ad præsens. 37. ff. de rebus credit.* Est autem conditio vel tacita, vel expressa. Tacita, quandò res ipsa conditionem in se habet, veluti cum ita legamus. Quod ex Arescusa natum erit, heres dato; aut fructus qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato, *l. 1. §. ult. ff. d. t.* Ubi tamen distinguendum, utrum fructus in fundo nascituri simpliciter legentur, §. *ea quoq; 7. Inst. de legat. l. quod in rerum. 24. pr. ff. de legat. 1.* vel sub certa quantitate, veluti, frumenti modii decem ex fundo Corneliano. Illo casu nullis natis fructibus, nihil debetur, *arg. l. interdum. 73. ff. de V. O.* Hoc subdistinguendum, ut si fundus adjectus sit demonstrationis tantum gratia, unde fructus sumi debeant, integra debeatur quantitas, etsi nihil natum fuerit, de quo casu explicandi sunt *textus in l. Lucius. 12. ff. de aliment. & cibar. legat. & l. Paulus. 27. §. ult. ff. de legat. 3.* Si verò adjectus fuerit taxationis & limitationis causâ, non amplius debetur, quam in fundo illo natum erit, quo pertinet *l. 5. ff. de tritic. vi. vel ol. legat. l. si quis 8. §. 2 ff. de legat. 2. Bronch. Cent. 3. assert. 64. Treutl. vol. 2. D. 13. th. 4. lit. B. & ibi Bach.* Et hujusmodi legata hactenus tantum conditionem habere intelliguntur, quatenus contingere potest, ut vel minus, vel nihil debeatur *d. l. 1. §. ff. de condic. & demonstr.* Reverâ autem conditionalia non sunt, sed temporis potius dilationem quandam habent, *d. l. 73. pr. de V. O.* ideoq; legatario ante testatorem mortuo ad heredes transmittuntur, *l. conditiones. 99. ff. d. t. de condic. & demonstr.* secus quam in legatis conditionalibus fieri solet, *l. 4. pr. l. 5. §. 2. ff. quando dies legat.* Expressa conditio est, quæ expressè dispositioni adjecta est: eaq; vel possibilis vel impossibilis. Possibilis est, cui neq; natura, neq; lex impedimento est, veluti si Titius Consul factus fuerit, si in Capitolium adscenderit, *d. §. 4. de V. O.* Et hæc iterum vel potestativa est, vel casualis, vel mixta, *l. un. §. sin autem 7. C. de caduc. toll. l. ult. C. de necess. serv. hered. instit.*

*stit.* Potestiva, quæ in potestatem heredis vel legarii confertur, ut si Titio 10. dederis. Casualis, quæ ab eventu & casu dependet, ut si navis ex Asia redierit. Mixta verò condicio dicitur, quæ partim ab heredis aut legatarii arbitrio, partim ab eventu pendet, ut si filius in patriam redierit, *l. 4. C. de instit. & substit. l. 4. §. pen. ff. de hered. instit. Gœdd. d. tr. de contrah. stip. c. 8. n. 144. & seqq.* Natura harum omnium est, quod dispositionis effectum suspendant, ut pendente conditione totum testamenti jus pendeat, heresq; ita scriptus vel nuncupatus, interim nec adire hereditatem, nec repudiare possit; *arg. l. 1. C. de instit. & substit. Arum. Ex. 13. th. 3.* nec legatarius legatum agnoscere, adeo, ut si is ante conditionem existentem decesserit, legatum planè extinguatur, nec ad heredem ejus transeat, *l. 4. ff. qn. dies legat. d. l. un. §. 7. C. de Caduc. toll.* Aliud observatur in stipulationibusr aliisq; contractibus, in quibus ista spes debiti, si forte ante condicionis existentiam quis defecerit, ad heredes transmittitur, *d. §. 4. Inst. de V. O.* Ratio differentiæ est, quod legata ob meritum aliquod obveniant, *l. 9. ff. pro Socio.* adeoq; testator legatario tantum, non ejus heredibus consulere voluisse existimandus sit; in conventionibus verò contrahentes non sibi tantùm, sed & heredibus suis prospicere velle videantur, *l. 9. ff. de probat. Gloss. & Dd. ad d. §. 4. Inst. de V. O. Phil. Matth. ad l. quæ legata. 18. ff. de R. J. Adde Bach. & Harpr. ad d. §. 4. & Gœdd. d. tr. c. 9. n. 174.* Deinde quod conditione deficiente, ipsum quoq; dispositum vel relictum deficiat, *l. in testamento. 13. l. quibus. 40. & l. si centum. 71. §. 3. vers. ante nuptias. ff. de condic. & demonstr.* existente verò vel impletâ conditione purificetur dispositio, & retrotractâ condicione, initio statim testatus vel intestatus decessisse intelligatur: quamvis in legatis retrotractioni locus esse non videatur, per ea quæ supra dicta sunt. Adde *Bach. ad §. 4. Inst. de V. O.* Impleta autem conditio tum etiã censetur, quando stat per heredẽ vel eum, cujus interest impleri, quò minus impleatur, *l. jure civili. 24. l. quæsitum. 57. ff. d. t. de condic. & demonstr.* aut per eum, in cujus personam posita est conditio, *d. l. 27. & l. seq. d. l. 71. §. fin. ff. eod. t.* Quod si verò condicio in non faciendo consistat, ut puta si in Capitolium non adscenderis, si Stichum non manumiseris &c. peti legatum & adiri hereditas po-
 test

teſt præſtita cautione, ſi contra fecerit, ſe id quod accepit, reſtituturum, quæ ab authore Mutio Mutiana cautio vocatur in *l. 7. ff. d. t. de condic. & demonſtr.* Et hæc cautio in legatis & hereditatibus, tantùm locum habet, *d. l. 7.* non in contractibus, *d. §. 4. verſ. ſi quis ita. de V. O.* quoniam ſibi imputare debet is, qui condicionem hanc adjecit, vel adjicere paſſus eſt. *Gloſſ. & Bart. ad d. l. 7. ff. de condic. & demonſtr. Schneid. & Bach. ad d. §. 4. Adde Angel. Aretin. ad d. verſ. ſi quis ita. n. 2. Gædd. de contr. ſtip. c. 8. n. 172.* Deniq; in arbitrio diſponentis eſt, utrum unam vel plures conditiones, easq; conjunctim, an ſeparatim adjicere voluerit. Et ſi quidem conjunctim adjectæ fuerint, omnes implendæ ſunt; ſi verò disjunctim, unam impleri ſufficit: quam videlicet heres ſcriptus probaverit, §. *pen. Inſt. de hered. inſtit. l. 1. ff. de condic. inſtit. l. ſub diverſis. 51. ff. de condic. & demonſtr.* In eo tamen circa ſupra poſitas condicionum ſpecies differentia eſt, quod extraneus ſub quavis condicione, ſive caſualis, ſive poteſtativa, ſive mixta ſit, rectè inſtituatur: modò non in voluntatem alterius expreſsè collata ſit, *l. illa. 32. l. ſi quis. 68. ff. de hered. inſtit.* Liberi verò & parentes, non niſi ſub condicione poteſtativa, *N. 115. c. 3. & 4.* quoniam ſub caſuali aut mixta inſtituti, ea forte non exiſtente, eſſent præteriti; quod neq; parentibus neq; liberis conceſſum eſt, ſed ſi contra fecerint, & ſine juſta cauſa ſe præterierint, teſtamentum ipſo jure nullum eſt, *l. 4. C. de lib. præter. §. ſed hæc. 5. Inſtit. de exhered. liber. d. N. 115. n. 3 & 4.* Quod à Juſt. ita conſtitutum eſt. Nã jure antiquo ſolus filius in poteſtate exiſtens ſub conditione alia quam poteſtativa non poterat inſtitui, *l. 4. ff. de heredib. Inſtit. l. fin. ff. de condic. Inſtit. l. 4. C. de inſtit. & ſubſtit.* ne alias forte præteritus teſtamentum ipſo jure reddat inutile. Reliqui verò ſui heredes, puta filiæ vel nepotes ſalvo teſtamento præteriri poterant, *pr. Inſtit. de exhered. liber.* Hic expedienda eſt quæſtio, an legatum (nam de heredis inſtitutione certum eſt id fieri non poſſe, per *d. l. 32. & l. 68. ff. de hered. inſtit.*) in alterius voluntatem conferri poſſit. Et in heredis quidem tanquam debitoris liberum arbitrium conferri non poteſt, *l. Senatus. 43. § pen. ff. de legat. 1. l. fideicommiſſaria. 46. §. 4. ff. de fideicomm. libert. l. ſub hac. 8. ff. de O. & A.* Nam hæc condicio ſi heres voluerit, inutile reddit legatum, *l. fideicom-*

*miſſa*

*missa.11. §.quanquam.7.ff.de legat.3.d.l.46.pr.ff.de fideicomm. libert.* Secus est si ita scriptum sit, si arbitratus fuerit, si æstimaverit. His enim verbis non plenum & simplex, sed boni viri arbitrium electum videtur. *d.l.11.§.7.* Præstatio tamen & solutio legati in heredis voluntate & arbitrio rectè ponitur, puta cum voluerit: quo casu vivo quidem ipso legatum peti nequit, sed post mortem ejus heres præstare id cogitur, *d.l.11.§.6.& l.uxorem.41.§.pen.ff.de legat.3.Donell.13.comm.15.& ibi Hillig.lit.O. Bachov.ad Treut.vol.2.D.13.th.6.lit.D.* In legatarii arbitrium facilius confertur, ut si Titius volet, illi Stichum lego. Quæ verba condicionale efficiunt legatum, ut si decedat, priusquam se velle dixerit, non transeat ad heredes, *l.si ita.65.§.1.ff.de legat.1.l.si ita.69.ff.de condic.& demonstr.Don.d.c.15.Bach.d.loco.* In extranei deniq; voluntatem & arbitrium legatum quoq; conferri potest: puta fundum Cornelianum Sempronio lego, si fortè Titius voluerit: quo casu sub conditione relictum, intelligitur, si aliquando illum velle, & voluntatem suam declarare contigerit, *d.l.43.§.pen.ff.de leg.1.l.1.pr.ff.de legat.2.* Non obstat *l.nonnunquam.52.ff.de condic.& demonstr.* ubi expressè negatur in voluntatem alienam legatum conferri posse. Respond. enim non quidem *Ulp.in d.l.1.pr.& d.l.43.§.pen.à Modest.in d.l.c.2.* dissentire cum *Hotom.1.amicab.responsionum c.5.* hoc enim facile refellitur ex *l.2.§.10.C.de vet.jur.enucl.* ubi Imper. omnia JCtorum responsa *in ff.* relata sua se fecisse apertè scribit; sed distinguendũ, ut in liberam & meram alterius voluntatem legatum conferri nequeat, ut is, quasi arbiter & dator legati sit, *d.l.52.* quoniam ab alieno arbitrio testamentorum jura pendere non debent, *d.l.32.ff.de heredibus instit.* tanquam in conditionem autem rectè ponatur, ut si fortè acciderit aliquando, Titium id velle, legatum omnino præstandum sit, secundum *d.l.1.de legat.2.& d.l.46.ff.de fideicomm.libert.* in quo textu favore libertatis fideicommissum sustineri frustra putat *Duar.ad t.de condic.instit.c.4.inf.* ut ex ipso textu haud obscure colligitur, in quo decidendi ratio non in favore libertatis, sed in eo ponitur, quod condicio potiùs sit. *d.l.1.de legat.2.* Neq; infringit responsionem, quod cõstare non possit, quando testator his verbis, si Titius voluerit, me-

rum arbitrium dederit, an pro condicione ea accepit. *Hillig. ad Donell. d. lib. 8. c. 15. lit. F.* Nam ex ipsis verbis, & aliis circumstantiis hoc petendum est: imò in dubio semper pro condicione habenda sunt, cum testator semper ita disponere voluisse credendus sit, ut ultima voluntas valeat potius, quàm pereat, *arg. l. 3. ff. de test. milit.* Sed nec ab alieno simpliciter arbitrio pendebit hæc dispositio, nisi omnes conditiones in tertii personam collatas ab ultimis voluntatibus removere quis voluerit. *Adde Cujac. 2. obs. 2. Fachin. 5. Contr. 58. Arum. Exerc. 9. th. 9. Bach. ad d. th. 6. lit. D.* Aliter *Donell. d. c. 15. qui d. l. 1.* de arbitrio boni viri, adeoq; voculam (quid) pro quantum, accipiendum existimat: quasi Ulp. innuere voluerit, multum interesse inter formulas istas, si Titius voluerit, & si Titius in Capitolium adscenderit. *d. l. 52. ff. de condic. & demonstr.* Verum hæc interpretatio refelli videtur, per *d. l. 46. §. 2. ff. de fideicommiss. libert.* in qua verba hæc non boni viri arbitrium, sed conditionem denotare apparet. Hujus loci est & illa quæstio, An liberi positi in cõdicione (puta Titius heres esto, & si sine liberis, decesserit rogo ut hereditatẽ Cajo restituat) etiã sint in dispositione, atq; ita ex ipso testamẽto ad successionem vocati intelligantur? Et *Coras. 2. misc. 19. Fachin. 4. controv. 51.* affirmativam tuentur; tùm per textus in *l. inter. 26. §. 2. ff. de pact. dotal. l. qui filium. 74. pr. ff. ad SC. Trebell. l. cum filius. 76. §. pater. 5. ff. de legat. 2 l. Lucius. 85. inf. ff. de hered. instituend.* tum per rationem juris quod in fideicommissis voluntas potius disponentis quàm verba attendi & servari deceat, *l. in conditionibus: 19. l pater. 10 ff. de condic. & demonstr.* Alii distinguunt, utrum extraneus, an liberi vel alii descendentes instituti fuerint, ut hoc demum posteriori casu ex conjecturis vocati ex testamento censeantur, *Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. 77. n. fin. Gloss. verò in d. l. 85. ff. de hered. instit. ibiq; Bart. Ant. Gomez. 1. var. resol. 5. n. 24. Duar. ad t. de condic. instit. c. 5. Geil. 2. obs. 116. n. 18. & Dd. comm.* negativam juri magis convenire existimant, (1) quoniam quæ sunt in conditione, non sunt in dispositione, eò quod conditio nihil ponat in esse, ut loquitur *Geil. d. loco. per l. 8. ff. si quis omiss. caus. testamenti. l. 1. §. item. 8. ff. ad l. Falc.* Nec est, quod *Coras.* hic regerat, immò favore liberorum, & conditionalia verba disponere,

*arg. l. unum. 67. §. ult. ff. de legat. 2.* quemadmodum & eo casu, quo verba sine effectu futura sunt, *l. Proculus. 19. pr. ff. de usufr.* Nam nec verba ob favorem liberorum in odium heredis, utpote magis dilecti torquenda, *arg. d. l. 67. §. si rem. 8.* nec hoc casu, extraneo forte instituto, verba semper sine effectu futura, *l. cum avus. 102. ff. de condic. & demonstr. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicomm.* neq; etiam *d. l. 19. de usufr.* id satis probat, utpote in qua aperta testatoris voluntas efficit, ut conditionalia verba, pro dispositivis habeantur, quam hic deficere satis manifestum videtur. (2.) probatur per *textum in l. si quis. 82. ff. de heredit. instit.* ubi is, qui in conditione positus erat, non ex testamento, sed ab intestato ad successionem vocatur. Quod quamvis neget *Coras.* & legitimum heredem tanquam institutum ex testamento hereditatem vindicare existimet: tamen ipso textu facilè refellitur, in quo conditio testamenti deficere apertè dicitur, adeoq; hereditas ab intestato vindicari testamento ipso deficiente, *arg. §. posteriore 2. Inst. quib. mod. test. infirm.* (3.) per *l. 1. C. de pact.* ubi liberi in conditione positi alienationem à patre factam revocare nequeunt: quod utiq; ipsis concedendum foret, si ex testamentô vocati fuissent, cum res fideicommisso subjectæ alienari nequeant, *l. fin. §. pen. & auth. res quæ. C. comm. de legat.* Neq; evadit hujus argumenti vim *Coras.* dum in *in d. l.* non simpliciter, sed in vim transactionis alienationem factam esse contendit, adeoq; contra eam fideicommissarium venire non posse, *arg. l. cum hereditas. 16. ff. ad sen. Trebell.* Respondetur enim immo alienationem in *d. l. 1.* simpliciter sine transactione factam esse, ut notat etiam *Gloss. ad d. l. 1. de pact.* His ita positis non obstant ea, quæ supra pro affirmativa adducta sunt Nam ad *ad d. l. 26. §. 2. de pactis dotal.* responsio ex ipso textu expedita est; videlicet ibi conditionem non disponere, sed de dote patri reddenda, si filia sine liberis decesserit, ex natura contrariorum ad hoc proficere, ut natis liberis, maritus dotem retinere possit, *d. l. 26. §. 2. In d. l. 74. pr. ff. ad sen. Trebell.* nihil quoq; præsidii est, utpote in quo non conditio, sed dispositio est: verbis enim illis mãdo tibi nõ testari, donec liberi tibi sint, disponit aliquid testator, ita ut propter conjecturam voluntatis hereditas per fideicommis-
sum

sum filio relicta intelligatur. *Duar. ad d. t. de condic. instit. c. 5.* Idem judicium est de *d. l. 76. §. 5. ff. de* [illegible]*. 2.* videlicet nec ibi conditionem sed dispositionem esse; & ex eo, quod testator filiam rogavit, ut Sempronio nepoti plusquam cæteris restitueret, reliquos quoq; licet inæqualiter comprehensos fideicommisso censeri, ut ex ipso textu satis apparet. Ad *l. vero 85. in f. ff. de heredibus instit.* respondetur, filios fratri substituto præferri, non tanquam ex testamento vocatos, sed ab intestato. Nam si ex testamento vocati essent, vel per institutionem, vel per fideicomm. id factum fuisset. sed neq; per institutionem, quoniam ea ex conjecturis non inducitur sed verbis fieri debet, *l. jubemus 29. C. de test. § imprimis. 2. Instit. de fideicomm. hered.* neq; per fideicommissum, quoniam id intercidit, quando heres scriptus ante aditam hereditatem moritur, *l. ille. 13. §. quid ergo? 3. inf. l. ita tamen. 27. §. quoties. 6. in f. ff. ad sen. Trebell.* in specie autem *d. l. 35.* fratrem ante aditam hereditatem decessisse, expeditum est. *Don. ad d. l. 1. C. de pact.* Unde hoc *ipso textu l. 85. de heredib. instit.* pro negativa utitur *Arumæ. D. ad ff. 17. th. 16.* Sed nec ratio allata multum negotii facessit, siquidem testatoris voluntas non aliter attendenda est, quam si de ea, saltem ex probabilibus conjecturis constet: hic autem dubia est, cum planè non sequatur, testator instituti liberos substituto præferri voluit, ergo ex testamento eos vocavit, cum potius jus legitimarum successionum ab intestato inter eos conservari voluisse videatur, *arg. l. vel singulis. 37. ff. de vulg. & pupill. subst.* quemadmodum & legitimi heredes quodammodo ex voluntate defuncti succedere dicuntur, in *l. 8. §. 1. ff. de jure codicill. & l. 3. eod. t.* quos tamen ex testamento vocatos nemo, nisi absurdè dixerit. *Duar. ad d. t. de condic. instit. c. 5.* Ad distinctionem *Clari & aliorum* quod attinet, habet ea quidem colorem, quod nemo alienas successiones propriis anteponere præsumatur, *d. l. 30. in f. C. de fideicomm.* Sed præsumtio hæc alia fortiore vicissim eliditur, quod in dubio testator heredem institutum præ aliis dilexisse credatur, *arg. d. l. 67. §. 8. ff. de legat. 2.* ut taceam, quod etsi ab intestato tantum ad hereditatem liberi in conditione positi vocentur, alienas tamen successiones propriis anteposuisse testator nullo modo

modo dici posset. Alii distinguunt inter legatum & hereditatem, ut si non in hereditate, saltem in legato, liberi in conditione positi, in dispositione esse intelligātur, *Angel. in l. in legatis. 21. C. de legat. Jas. in l. 1. C. de pact.* Verū nec hæc distinctio recipienda videtur, cū nulla sufficiens reddi possit differētiæ ratio, & in legato quoq; verū sit, ea quæ in conditione sunt, nō esse in dispositione *arg. l. 8. ff. si quis omiss. caus. test. Adde Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 4. n. 4. 5. & 7.* Limitatur tamen communis conclusio, ut fallat, & liberi in conditione positi, etiam in dispositione esse censeantur, si eam disponenris voluntatem, ex conjecturis vero similibus, fuisse appareat, *Jul. Clar. d. loco. Valent. Forster. de hereditatibus, quæ ab intest. lib. 4. c. 1. n. 30. & seqq. & alii ab eod. allegati.* Effectus autem & usus hujus quæstionis in eo positus est, quod si liberi in conditione positi, non sint in ea dispositione, hereditas fideicomm. gravata non sit, sed liberi ab intestato vocati, & substituto vel fideicommissario prælati intelligantur: adeoq; heres institutus hereditatem vel bona hereditaria arbitrio suo alienare possit; si vero in dispositione conseq. ex testamento vocati liberi dicantur, heres res hereditarias tanquam restitutioni subjectas alienare nequeat, cum bona fideicomm. subjecta alienari regulariter prohibeantur, *Auth. res quæ. C. comm. de legat. Adde Val. Forst. de successione intest. lib. 4. c. 1. n. 19. & seqq.* Et hæc de conditione possibili. Impossibilis est, cui vel natura, vel lex impedimento est, *§. impossibilis. 10. Inst. de inutilib. stipul.* nam nec ea quæ contra leges & bonos mores fiunt, nos facere posse credendum est, *l. filius. 15. ff. de condic. instit.* Unde duplex vulgo cōstituitur impossibilis conditio, quarū una natura, altera jure fieri nequit: illa impossibilis in specie. *d. §. 10. Inst. de inutilib. stipul.* hæc turpis jure nostro dicitur, *§. quod turpi. 23. Inst. d. t. Vigl. Zuich. ad § 10. Inst. de hered. instit. n. 5.* Utriusq; eadem ratio est, quod ultimæ voluntati adjecta pro non scripta habeatur, & tàm hereditas, quam legata perinde ac si adjecta non fuisset, capiantur, *d. §. 10. Inst. de hered. instit. l. conditiones. 14 ff. d. t. de condic. institut.* Nec refert, utrum conditio natura sua impossibilis sit, puta si digito cœlum tetigeris, si mare ebiberis, *d. §. 10. Inst. de inutil. stip.* an verò propter circumstantiam temporis nimis brevis adjectam talis fiat, veluti, si in-

si in triduū post mortem meā monumentum mihi feceris, si servos, qui Carthagine sunt, intra triduum Romæ dederis, *l. 6. ff. d. t. de condic. Inst. l. si mihi. 12. §. 1. ff. de legat. 1.* In eo fortassis inter turpem & impossibilem conditionem differentia est, quod hæc ipso jure pro non scripta habeatur, & demum à Prætore remitti soleat, *l. conditiones, 9. ff. d. t. de condic. instit* quemadmodum jurisjurandi conditionem à Prætore remitti constat, *ex l. 3. ff. eod. t.* Non obstat *d. l. 15. ff. de condic. instit.* ubi turpis conditio adjecta non remittitur, sed filii institutionem vitiat. Respondet enim *Angel. Aretin. ad d. §. 10. Inst. de hered. instit* id propterea fieri, quoniam dispositio ista peccet in ipsa forma, cum constitutum sit, filium non nisi sub condicione potestativa institui posse. *l. 4. ff. de heredib. instit.* Verùm cum ex eo sequeretur, etiam sub impossibili conditione instituto filio, puta si cœlum digito tetigeris, institutionem vitiosam & nullam esse, quod nunquam in jure nostro scriptum est: tutius fortasse, ut dicamus quoad filium discrimen esse inter conditionem naturâ & jure impossibilem, ut illa, cum simpliciter & juris potestate, pro non scriptâ habeatur, ne filii quidem institutionem vitiet; hæc verò, quæ in se impossibilis non est, sed Prætoris tantum officio remittitur, tanquam alia quævis non potestativa conditio institutionem filiifam. vitiet, *d. l. 15. ff. de condic. instit. Bach. ad d. 3. 10. Instit. de heredib. instit.* Nec movet, *l. Lucius. §. 3. ff. de condic. & demonstr.* ex qua & impossibilem conditionem filii institutionem vitiare colligunt, *Ant. Fab. in l. Papin. t. 3. pr. 4. Donell. 6. comm. 19.* Respondet enim *Menoch. 2. arb. judic. cas. 89. n. 7. & seq.* hoc ex *d. l.* non inferri, sed hoc tantum, quod conditio ista, si filium meum se esse judici probaverit, potestativa non sit, cum in arbitrio sit judicis, an filiatio satis probata fuerit. Adde *Hillig. innot. ad d. c. 19. lit. D.* Secundo non resistit *l. 4. §. 1. ff. de statu liber.* ubi servus ita manumissus, si millies heredi dederit, hereditatis datio nulla est. Alia enim ratio conditionis impossibilis, alia difficilis est, illa vitiatur, hæc si impleta non fuerit, tam legata quam hereditates vitiat *d. l. 4. §. 1. de statulib. Vigl. ad d. §. 10. de hered. instit. n. 7. in fin.* Sed quid dicendum, si quis sub hac conditione disposuerit, si heres vel legatarius montem aureum dederit;

derit: Et *Angel.* quidem *Aret. ad d. §. 10. de hered. instit. inf. post. Joh. de Imol. in l. 1. ff. de condic. instit.* distinguit, ut siquidem testator senserit de monte aureo naturali, vitietur conditio, si verò de artificiali, quando ex coacervatione & liquefactione auri mons conficitur, tanquam in casu conditionis potius difficilis, quam naturæ impossibilis, ipsa dispositio nō vitietur. Sed hæc distinctio meritò displicet *Vigl. ad d. §. 10. n. 7.* cum mons naturæ opus sit, & absurdum pene somniare, tantam auri vim in unum conferri, ut mons coacervetur: ideoq; tutius videtur, si dicamus hanc quoq; conditionem non nocere, sed tanquam ea non adjecta dispositionem valere. Ubi tamen minus rectè per montem aureum, eum intelligendum putat, qui venas auri habet: quamvis si de tali sensisse testatorem manifestè probatum fuerit, conditionem omninò implendam, aut dispositionem vitiosam fore dicendum videatur, ut rectè monet *Bach. ad d. §. 10. de hered. instit. n. 2.* Præterea non adversatur *l. si Titius 16. ff. de conditionibus instit.* ubi constitutio ita facta, si Titius heres erit, Sejus heres esto. si Sejus heres erit, Titius heres esto; inutilis esse dicitur, cum conditio existere non possit. Respondetur enim hanc conditionem non impossibilem, sed perplexam esse, quæ semper in se revolvens ita ut exitum invenire non possit, meritò institutionem reddit inutilem, *d. §. 16. ff. de condic. instit. n. 8.* Adde *Eguin. Bar. & Mynf. ad d. §. 10.* Deniq; non obstat *d. §. 10. Inst. de inutil. stipul.* ubi conditione impossibili adjecta stipulatio non valet. Respond. enim aliud in contractibus, aliud in ultimis voluntatibus observari: in illis conditio impossibilis obligationem vitiat, *ad §. 10. & l. non solum. 31 ff. de O. & A.* in his verò dispositione salva, ipsa vitiatur conditio, *d. §. 10. Inst. de hered. instit.* Differentiæ ratio vulgò ponitur in favore ultimarum voluntatum, *arg. l. in testamentis. 12. ff. de R. I. Accurs. Schneid. Mynf. ad §. 10. de hered. instit.* eaq; non displicere videtur *Vigl. ad d. §. 10. n. 1.* Alia redditur *in d. l. 31. ff. de O. & A.* quod in contractib., qui duorum pluriumve consensu perficiuntur, omnium sit spectanda voluntas, quorum proculdubio ea cogitatio est, ut appositâ conditione impossibili nihil agi existiment: in ultimis verò voluntatibus, quæ ab unius voluntate dependent, alia capienda interpreta-

 tio,

tio, restatorem videlicet in sua ultima hac voluntate ludere non voluisse, sed vel per imprudentiam, vel errorem ejusmodi conditionem ipsi excidisse, *arg. l. 1. ff. de condic. instit.* ubi in Florentina editione rectius, alio modo, quã in vulgato, alio modo legitur: *Giph. ad d. l. 31. de O. & Act. n. 7.* Adde *Eguin. Bar. ad d. §. 10. de hered. instit. ibiq, Harpr. n. 12. & 13. Donell. ad l. 7. ff. de V. O. n. 4. & 5. & lib. 6. comm. 18. ibiq, Hilliger. lit. I.* De m. c. donatione dubitatio incidit, An ea per conditionem impossibilem vitietur, an verò conditio pro non adjecta habeatur? Et *Alexand.* quidem *ad d. l. 7. ff. de V. O.* prius probat, videlicet, non valere donationem cùm impossibilis conditio adjecta est: quoniam donatario, qui præsens cum donante agit, imputari potest, cur non cautius sibi providerit, *arg. d. l. 31. de O. & A.* Sed contrarium verius videtur, cum m. c. donationes ad ultimas voluntates à *Iustinian.* relatæ sint *pr. Inst. de donat. & l. fin. C. de donat. caus. mort.* in quibus disponens non ludere voluisse, sed errore quodam impossibilem condicionem adjecisse præsumitur, ut modo diximus. Neq; juvat Alexandr. quod m. c. donatio inter præsentes peragatur: quoniam nihilominus ultima voluntas est, quæ morte demum donantis perficitur, *l. in mortis 22. ff. d. t. de mort. c. donat.*

## Ad formam externam ultimarum voluntatum pertinet etiam demonstratio, causa, modus, pœnæ adjectio, & Scripturæ ordo.

Demonstratio vel personam respicit, ut Titio cognato, affini, fratri &c. meo: vel rem relictam, ut fundum Tusculanum quem à Sempronio emi: Stichum servum meum vernam: &c. Neq; refert vera an falsa demonstratio fuerit; unde etsi Titius neq; affinis vel frater; & fundus non emtus, neq; Stichus verna fuerit, tamen legatum valere dicendum est; cum falsa demonstratio legatum non perimat. *§. huic proxima. 30. Inst. de legat. l. falsa. 33. & l. quibus. 40. §. pen. ff. de condic. & demonstr.* Ratio est, quoniam demonstratio

ſtratio plerumq; nominis vice fungitur, *d. l. 34. eod. t.* in nomine autem ſi erratum fuerit, neq; legatario, neq; hæredi nocet, modo perſona certa ſit. *§. ſiquidem. 29. Inſt. d. t. l. 7. §. 1. C. eod. t. l. 4. C. de teſt.* Non obſtat, *l. neq;. 5. C. de teſt.* Reſpondet enim *Schneid. ad d. §. 30. Inſt. de legat.* ibi demonſtrationem appoſitam fuiſſe tanquam cauſam ejus, quod relictum eſt, quam ſi falſam ſciviſſet teſtator, nunquam ita diſpoſuiſſet: veluti filio meo Sticho fundum iſtum do, lego, ſi filius non eſt, legatum corruere dicendum eſt, *d. l. 5. C. de teſt. ibiq; Sichard. n. 5.* Adde eundem *ad l. 4. d. t. n. fin.* Neq; hanc reſponſionem infringit *l. nemo. 58. §. 1. ff. de hered. inſtit.* ubi is qui frater non eſt, ſi fraterna charitate diligitur, rectè ſubappellatione fratris heres inſtituitur. Nam *in d. l. 58. §. 1.* Scivit teſtator fratrem non eſſe, adeoq; non tanquam fratrem, ſed tanquam amicum, quem fraterno amore proſequebatur, inſtituit: quo caſu cum non cognatio aut fraternitas, ſed affectio inſtitutionis vera cauſa fuerit, etiam is, qui frater non eſt, ſub appellatione fratris rectè inſtitutus meritò dicitur. *Gloſſ. & Sich. ad d. l. 5. C. de teſt. n. 6.* Deinde non reſiſtit, *l. 1. §. ſed etſi, 7. ff. de dote prælegat.* Reſpondetur enim, ibi non propterea legatum vitiari, quod falſa ſit demonſtratio, ſed quod res legata non extet: qui enim ita legat, 10. quæ in arca habeo, vel quæ ille apud me depoſuit, certum corpus quod in rerum natura non eſt, legaſſe intelligitur. *l. ſed ſi s1. l. ſi ſervus. 108. §. qui quinq;. 10. ff. de legat. 1. Pac. cent. 6. q. 32.* Neq; contrarium habetur in *in l. Lucius. 88. §. quiſquis. 10. ff. de legat. 2.* Reſponderi enim poteſt, non quidem cum *Pacio. d. loco* d. textum de fideicommiſſis accipiendum eſſe, *d. v. l. 1. §. 7. de dot. præleg.* de legatis. quorum ſtrictior jure antiquo natura fuerit, *§. ſed non usq;. 3. Inſtit. de legat.* (hoc enim ſatis repellitur ex ratione in *d. l. 1. §. 7.* poſita: quia nulla corpora ſunt, quam etiam in fideicommiſſis locum habere expeditum eſt:) ſed vel in *d. l. 88. §. 10.* denaria iſta tria vere depoſita fuiſſe, ideoq; ex cauſa depoſiti ſtatim ſolvenda; reliqua verò tria, cum non debeantur, nullâ actione ex debito, ſed ex fidei commiſſo peti poſſe: cum falſa demonſtratio neq; fideicommiſſo, neq; etiam legato noceat, *l. ſi ſic legatur. 75. §. 1. ff. de legat. 1. Hillig. ad Donell. 8. comm. 14. lit. E.* vel ſi quis omninò maluerit, generali

debiti appellatione etiam causam depositi comprehendere, *arg. l. creditores. 10. cum duab. seqq. ff. de V. S.* dici fortassis poterit, in *d. l. 1. §. 7. de dote prælegata* 10. tanquam corpus numorum certũ designata fuisse. *in d. v l. 88. §. 10.* tria denaria tanquam quantitatem considerari; quam & ipsam interdum in depositum venire constat ex *l. Lucius. 24. & l. 26. ff. de pos.* vel testatorem errasse in pecunia apud se deposita, *d. l. 1. §. 7. de dot. praleg.* eumq; errorem probandum esse, cum in dubio semper præsumendum sit, testatorem potius quantitatem designare, quàm ad certum corpus nummorum se referre voluisse. *Gloss. fin. in d. l. 1. §. 7. verbo: deberi constat. de dot. praleg.* Præterea non adversatur *d. l. 75. §. 1. & 2. ff. de legat. 1.* ubi proponitur casus, quo testator legavit, quod ipse debet, & quod alius ipsi debet, cum tamen nec ipse deberet, nec ipsi quicquam deberetur. Respondendum enim est distinguendo, utrum simpliciter, an certa adjecta quantitate legaverit: & priori casu vitiatur legatum non propter falsitatem demonstrationis, sed propter nimiam legati incertitudinem, quæ efficit, ut quid, quantumq; legatum sit, constare non possit: priori vero, siquidem legat testator. 10. quæ ipse debet legatario, expeditum est, falsam demonstrationem legatum non perimere *d. l. 75. §. 1.* Si verò, quæ debet alteri legaverit, vitiosum legatum ex alia causa esse videtur, quoniam videlicet & sine falsâ demõstratione inutile foret, adeoq; falsæ demõstrationis adjectione utile fieri nequeat: *arg. l. cum tale. 22. §. ult. de condic. & demonstr.* inutile autem ejusmodi legatum esse, etsi revera quis alii quam creditori deberet, ex eo patet, quod actio personalis, quæ creditori adversus debitorem competit, in alium transferri non possit, & actio pro legato surrogetur in locum actionis ejus, quæ creditori adversus debitorem competit. *Bach. ad §. 30. Instit. de legat. n. 3.* Contra verò *Donell. d. lib. 8. c. 14.* & hoc legatum utile esse existimat, *arg. d. l. 75. §. 1. & l. legari 25. vers. fin. ff. de liber. legat.* cum quantitas loco non definita, undecunq; sumi & præstari possit. Neq; concedi fortassis potest *Bach.* legatum ejusmodi, 10. quæ Titio debeo, Sempronio do lego, si reverâ Titio debeat, vitiosum esse: quoniam hic non actio, quam creditor adver-

sus debitorem habet, sed ipsa summa sub demonstratione istâ, legata esse videatur, *arg. d. l. 75. §. 1. & d. l. 25. ff. de liber. legat.* Quod si verò testator legat, quod sibi debetur, sive ipsi debitori, sive tertio, inutile legatum est licet certa quantitas adjecta fuerit. *d. l. 75. §. 2. de legat. 1.* Ratio prioris est, quoniam liberatione legata hoc continetur, ut vel heres debitorem liberet, vel debitor adversus heredem agentem exceptione defendatur. *§. si quis. 13. Inst. de legat.* quorum neutrum locum habere potest, ubi nullum est debitum. *Bach. ad §. 31. & Donell. d. c. 14.* Posterioris verò, quoniam hoc legato actiones continentur, ut eas heres legatario cedere cogatur, quas ubi nihil debetur, nullas esse expeditum est. *Don. & Bach. d. d. loc. Adde Ant. Fabr. 5. conj. 2.* Deniq; notandum si demonstratio tanquam conditio adjiciatur, eam omninò implendam aut vitiosum legatum esse, *§. 31. Inst. d. t. de legat. inf. l. demonstratio. 17. §. pen. ff. de condic. & demonstr.* Causa nihil aliud est, quam ratio, quæ testatorem ad hoc disponendum impulit: veluti Titio quia absente me negotia mea curavit, Stichum do, lego; vel quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, do, lego. Quod autem *Wesemb. in tit. ff. de condic. & demonstr. n. 8.* addit. sive antecedat, sive sequatur, veluti quia negotia mea curabit, vix admitti potest, cum causa in futuram collata, non ad impulsivam, sed finalem potius causam pertinere videatur, *arg. l. si ita. 12. ff. d. t. Balduin. in d. §. 31. Inst. de legat.* ut notat *Bach. ad Wesenb. d. n. 8.* Quemadmodum autem falsa demonstratio, ita multò magis falsa causa legato adjecta non nocet, *d. §. 31. & d. l. 13. §. quia. 2 ff. d. l. de condic. & demonstr.* Ratio est, quoniam ratio vel causa legandi legato non cohæret, cum etiam ex mera puraq; liberalitate legari possit, sine ulla prioris meriti causâ, *l. cum tale. 72. §. falsam. 6. ff. d. t. de condic. & demonstr.* at non sine aliquâ demonstratione, *l. nominatim. 34. ff. eod. t. Balduin. ad d. §. 31. de legat.* Limitatur (1.) ut procedat in causa impulsiva, quæ per particulam, quia, exprimitur, non in causa finali, quæ interdum per particulam, ut, interdum aliis modis indicari solet: nam si ea falsa fuerit, & ipsam dispositionem vitiari dicendum est, per ea, quæ supra ex *Sich. ad l. 5. C. de test. n. 5.* adduximus. Hinc si causam adjectam dispositioni ita cohærere appareat, ut sine eâ dispositio-

dispositurus non fuisset testator, pro finali omnino habenda est. V. gr. Testator existimabat, Titium ipso absente negotia sua, quam diligentissimè curasse, ideoq; eum tanquam optimè de se meritum, legato aliquo honorare constituit, quod si postea officium neglexisse eum probatum fuerit, omni petitione legati doli exceptione repelli poterit, *d. l. 72. §. 6. ff. d. t. Hottom. ad d. §. 31. Inst. de legat.* Sic quoq; in *l. ult. ff. de hered. instit.* talis adjecta causa est, quam si falsam esse, scivisset testator, nunquam ita disposuisset, ut rectè *Bart. in d. l. ult.* Deinde fallit, quando causa conditionaliter enunciata fuerit, veluti hoc modo, Titio si negotia mea curaverit, fundum meum do lego. *d. §. 31. in f. Inst. de legat. d. l. 17. §. 2. ff. de condic. & demonstr.* Dicit autem *Imp.* conditionaliter enunciata &c. & *ICT.* conditionaliter concepta, non quod vera conditio sit, sed quod per modum conditionis adjecta fuerit. Vera enim conditio semper in futurum confertur, *l. itaq; 39. ff. de rebus cred. §. pen. Inst. de V. O.* at causa hæc præteritum respicit *d. §. 31.* unde & verbum, curaverit, non futuri, sed præteriti temporis est, *d. l. 17. §. 2.* & hunc sensum habet, si apparuerit, eum negotia mea jam curavisse. *Bald. ad d. §. 31. de legat.* Modus causam finalem respicit; & per particulam, ut, exprimitur: veluti Titio 100. relinquo, ut monumentum mihi faciat, *d. l. 13. §. ult. ff. de condic. & demonstr.* vel puellæ fundum relinquo, ut filio meo nubat, *l. 1. C. de his quæ sub mod. legat. vel fideicommiss. relinqu.* Et hic omnino implendus est, si id quod relictum est, quis consequi velit, aut certè cavendum, se quam primúm voluntati satis facturum, *l. si tibi. 19. ff. de legat. 3. l. eas causas. 80. ff. d. t. de condit. & demonstr.* Sed & si per legatarium non stet, quo minus impleatur modus, legatum debetur, ut ad heredes transmittitur. veluti legato Titiæ relicto, ut alicui nubat, si is Titiam ducere noluerit, legatum nihilominus ei præstandum est. Sufficit enim per honoratam personam non stare, quo minus satisfaciat modo, quocunq; tandem casu contingat, facultatem supplendi modum deficere, *d. l. 1. C. de his quæ sub modo &c.* Ex his ergo haut difficulter colligitur, quomodo hæc tum à se invicem, tum à conditione different. Nam demonstratio nominis vice fungitur, *d. l. 34. de condic. & demonstr.* causa rationem extrinsecus impellentem,

tem; *d. l. 72. §. 6. eod. t.* quam Dialectici προκαταρκτικὴν appellant; modus verò finem propter quem quid relinquitur denotat, *d. l. 17. §. ult. d. t.* Demonstratio & causa rem factam plerumq; ostendit, *d. l. 34. §. ult.* adeoq; præteritum respicit: modus autem in futurum confertur, *d. l. 17. §. ult.* Quo modo etiam à condicione demonstrationem & causam differre expeditum est: quippe condicio semper futurum respicit, *d. l. 39. de reb. cred. & d. l. 34. §. 1. de condic. & demonstr.* Adde *Cujac. 2. obs. 39.* Modus autem & condicio quomodo distinguantur, difficilioris indaginis est, ita ut dubitari nonnunquam soleat, modalis ne, an condicionalis sit dispositio, ut videre est apud *Hieron. Marilian. dec. 18. n. 4. & seqq. aliquot. Petr. Heig. p. 1. q. 31.* Tam modus enim quàm condicio ad causam finalem pertinet, *Wesemb. in* π. *ff. de condic. & demonstr. n. 9.* ideoq; modus æquè ac condicio impleri debet, & quidem in forma, ut loquuntur, specifica, *l. qui heredi. 44. pr. ff. d. t.* alias cessabit tam modalis quam condicionalis dispositio, *l. 1. & 2. C. de his quæ sub mod. l. Titio. 71. §. Titio. 3. vers. ante nuptias. ff. de condic. & demonstr.* &c. *Wesemb. d. loco & ibi Bach. in not.* Differunt autem in eo, (1.) quod modus per particulam Ut, *d. l. 17. §. ult.* condicio per voculam Si, *l. 2. ff. d. t.* interdum etiam per Cum, exprimi soleat, *l. sicui, 49. pr. §. 1. & 2. ff. de legat. 1. l. Titio. 22. ff. quando dies legat.* (2.) quod modus sequatur, præcedat dispositio: veluti Titio 100. lego, Ut monumentum mihi faciat, *d. l. 17. §. ult.* condicio verò dispositionem antecedat, veluti Titio, si à liberis non discesserit, do lego, *d. l. 72. d. t. ff. de condic. & demonstr. Bart. in l. quibus. 40. §. ult. ff. d. t. Hieron. Marilian. d. Dec. 18. n. 7.* ubi tamen non verborum aut Scripturæ ordo, sed dispositionis ipsius ratio attendenda est, ut sive præcedant, sive sequantur verba condicionem importantia, modò de voluntate disponentis, actum in eventum aliquem suspendere volentis constet, semper condicio, non modus esse intelligatur. Hinc (3.) legatum sub modo relictum statim debetur, & cautione oblata cum effectu peti potest, *d. l. 80. ff. de condic. & demonstr.* Condicione verò appositâ, antequam ea extiterit nihil debetur, sed spes tantum est, debitum iri, *arg. l. cedere. 213. inf. pr. ff. de V. S. & §. sub conditione. 4. Inst. de V. O.* Et conseq.

seq. (4.) modo adjectio legatum ad heredes transmittitur, quoniam purum est, *l. libertas. 17. §. hac scriptura. 2. ff. de manumiss. test.* cujus natura, ut post obitum testatoris legatario decedente ad heredes transeat, *l. 5. §. 1. quando dies legat.* Condicione verò adscripta, si ea persona decesserit, cui legatum est, intercidit legatum, nec quicquam ad heredes transmittitur, *l. intercidit. 59. pr. ff. de condic. & demonstr.* Huc pertinet quæstio, utrum legatum dotis sive nuptiarum causa relictum, pro puro, an verò pro modali vel potius conditionali haberi debeat? Et pro puro habendum putat *Immol. in d. l. Titio 71. §. Titio genero. 3. ff. de condic. & demonstr.* relatus à *Vasq. lib. 3. de success. progress. §. 29. n. 22.* quod verba illa: Titiæ 100. dotis nomine, vel ut inde se dotet, do lego, non importent præcisam necessitatem nubendi, sed consilium quoddam, quod necessitate legatarium non adstringat, significare videantur, *arg. l. filiusfam. 114. §. Divi. 14. ff. de legat. 1. d. cum pater. 77. §. mando. 24. ff. de legat. 2. d. l. 71. pr. ff. de condic. & demonstr.* Verum hi textus, cum in aliis planè loquantur terminis, ut ex ipsarum lectione cuivis satis apparet, ad rem parùm faciunt, adeoq; legatum illud condicionale omninò videtur, (1.) quia promissio dotis causa facta, semper cōdicionē, si nuptiæ secutæ fuerint, in se cōtinet, *l. stipulationem. 21. ff. de jur. dot. l. permittendo. 41. pr. & §. 1. eod. t.* legatum autem dotis causa factum, cum stipulatione ex eadem causa æquiparatur, *l. si divortio. 21. ff. de V. O.* (2.) quia ubi matrimonium nullum est, ibi nec dos ulla esse intelligitur, *l. 3. l. Seja. 9. & l. tali. 48. ff. de jur. dot.* Accedunt textus satis expressi in *d. l. 71. 3. §. vers. ante nuptias. ff. de condic. & demonstr. & N. 123. c. 37. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 11. tit. 18. n. 26. & 21. Vasq. d. §. 29. n. 22. & alii.* quos refert & sequitur *Heig. d. q. 31.* ubi rectè monet hoc regulare jus esse, & in dubio ita procedere: aliàs ex voluntate defuncti & certis conjecturis, hoc legatum dotis causa relictum, modale fieri, & ad heredes transmitti posse. *n. 12. & seq.* ubi videri potest. Adde *Menoch. lib 4. de præsumt. tom. 2. præsumt. 146.* Præterea solet & pœna dispositionibus ultimarum voluntatum adjici videlicet coërcendi heredis causa, quo magis aliquid faciat aut non faciat: veluti si quis ita disposuerit, heres meus, si filiam suam Titio in matrimonium collo-

collocaverit: vel ex adverso, si non collocaverit, Sejo 10. aureos dato: aut si ita ordinaverit, heres meus, si servum Stichum alienaverit: vel ex diverso, si non alienaverit, Titio 10. aureos dato. Et olim ejusmodi dispositio inutilis erat, adeoq; ut nec principi quidem pœnæ nomine relictum, nec ex testamento militis, valeret, nec libertas hoc modo dari; nec heres adjici posset, ut docet *Imp. in §. ult. Inst. de legat. & Ulp. in fragm. t. 24. §. 16.* Ratio hujus Juris duplex redditur à *Theoph. d. §. ult. de legat.* quorum una est, quod lex improbet legatum in voluntate & arbitrio heredis positum, *l. Senatus. 43. §. pen. ff. de legat. 1.* In legato autem hoc pœnæ causa relicto in heredis est arbitrio, utrum debeat, an non debeat. Verùm hanc rationem meritò rejicit *Cujac. tr. 5. ad Affric. in l. 1. ff. de his quæ pœn. causa relinq.* cum non expressè sed tacitè tantum in arbitrium heredis conferatur; quod prohibitum non esse patet, *ex l. 3. ff. de legat. 2.* Altera ratio est, quod legata amore legatarii, & ex benevolentia dari oporteat, non odio heredis, *arg. l. legatum. 36. ff. de legat. 2. l. nec adject. 9. ff. pro socio.* Accedit & tertia, quod libertas sive faciendi, quod velis, hac ratione constringeretur contra *l. Titio. 71. §. 2. ff de condic. & demonstr. Hotom. ad d. §. ult. Inst. de legat.* Adde *Vultei. & Ant. Matth. ad d. §. ult.* Non obstat, *l. 1. in f. ff. de penu. legat. l. si pœnam. 24. ff. quando dies legat. l. 1. §. item si ita. 8. ff. ad l. Falcid.* ex quibus & jure antiquo hoc legatum valuisse colligi videtur. Respondetur enim ibi non esse sermonem de legato pœnæ, sive coercendi heredis causâ relicto, sed de legato penus, cui juvandi legatarii gratiâ comminatio gravior adjecta est: veluti heres meus Sejo penum dato, & nisi dederit, 10. dato, ut rectè *Giphan. ad d. §. ult. de legat. ibiq. Bach. Donell. 8. comm. 16.* Deinde non adversatur *l. 1. ff. de his quæ pœnæ causâ relinq.* ubi ea ipsa, quam Justin. sibi adscribit *in d. §. ult. de legat. & l. un. C. de his quæ pœnæ nomine in testamento scrib.* &c. contineri videtur, videlicet legatum pœnæ ita demum non valere, si illicitè vel probrosè datum sit. Nam quidam respondent casum hunc de impossibili & turpi pœnæ legato jam *Affricani* tempore exceptum, *Wesemb. in tit. ff. d. t. de his quæ pœn. caus. inf.* adeoq; *Justin. in d. §. ult. de legat. & d. l. un. C. de his quæ pœn. nomine &c.* de prioris alicujus juris, quod

JCtorum tempora præcessit, observatione accipiendum esse. *Balduin. ad d. §. ult. de legat.* Verùm cum hæc responsio neq; *Ulp. d. t. 24. §. 16.* qui simpliciter pœnæ causa legari posse negat, nec *Justin.* qui à se exceptionem istam de legato impossibili & turpi introductam apertè scriptum reliquit *d. §. ult. de legat. & d. l. un. C. de his quæ pœnæ nomine* &c. conveniat, *Gloss. d. l. 1. de his quæ pœnæ causa relinq.* ita accipit, q. African. omnia legata pœnæ nomine relicta nullius momenti esse responderit: ut verba illa: illicitè vel probrosè, non casum aliquem exceptum denotent, sed ad omnia legata pœnæ causâ relicta pertineant, utpote quæ illicitè vel probrosè: contra legem & constitutiones Principum relinqui constat, ex *d. §. ult. Inst. de legat. Donell. d. c. 16.* Alii verba illa: illicitè vel probrosè ut & in seqq. voculam talem, non Africani, sed Triboniani esse existimant, qui pro potestate sibi ab *Imp. Justin.* concessa, ea addiderit, ut lex hæc novæ Justin. Constitutioni in *d. l. un. C. de his quæ pœna nomine &c.* convenire, *arg. l. 2. §. sancta autem. 10. C. de vet. jur. enucl. Donell. d. loco. ibiq. Hillig. lit. B. Cujac. d. tract. 5. ad Afric. Adquir. in d. l. 1. ff. de his quæ pœn. causa. Bach. add. §. ult. de legat. & in not. ad Wesenb. d. t. de his, quæ pœn. caus.* Deniq; non movet, quod legatum illud, heres meus si filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, Sejo 10. aureos dato, non semper inutile videatur, *arg. d. l. 3. ff. de legat. 2.* Respondetur enim distinguendo, ut si testator verba illa pro condicione acceperit, hoc modo, si evenerit aliquando, heredem meum filiam suam Sejo in matrimonium non collocare, & contra faceret, præstatione legati coërceretur, omninò inutile fuerit, *d. §. ult. de legat. Ulp. d. t. 24. §. 16. Cujac. d. loco,* ubi simul monet. uno casu etiam jure antiquo pœnæ causa relictum valuisse, favore videlicet religionis, si in funere aut monumento faciendo tuendovè voluntati testatoris heres non obtemperaverit, *l. 6. in testamento. 27 ff. de condic. & demonst.* Sed ibi fortassis pœnæ causa quicquam relictum minus rectè dicitur, cum multa non tam heredis coercendi, quàm legati confirmandi causa, ut eò magis monumentum fieret, adjecta videatur. Et hæc ante Justin. tempora ita obtinuerunt: Ipse constituit, ut scrupulositate ista sublata, etiam pœnæ vel coërcendi heredis causa relicta

licita omninò valerent; iis tantummodo exceptis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa, *d. l. un. C. de his quæ pœnæ nomine.* &c. *& d.* §. *ult. Inst. de legat.* Ratio hujus novi juris est favor ultimarum voluntatum, & ut ultima defunctorum elogia eò faciliùs exitum sortiantur, *l. 1. C. de S. S. Eccles.* Nec obstat §. *impossibilis. 10. Inst. de heredib. instit. & l. 1. ff. de condic. instit.* ubi impossibilis conditio heredum institutiones & legata non vitiat, sed ipsa vitiatur, & pro non scripta habeatur. Respondetur enim, non quidem & hoc casu tantum adjectionem causæ impossibilis vel turpis vitiari, legatum verò ipsum valere, perinde ac si purè relictum esset; cum *Vult. ad* §. *ult. Inst. de legat.* hanc enim sententiam tanquam verbis & menti Justin. minus convenientem rectè improbat *Gloss. ad d. l. un. C. de his quæ pœn. nomine* &c. *& Bach. ad d.* §. *ult. de legat.* Sed potius distinguendo inter legatum simpliciter sub conditione impossibili relictum, & legatum pœnæ, cui adjecta est causa impossibilis vel turpis: illud valere, rejectâ conditione, quoniam legatario nihil imputari potest, *d.* §. *10. de hered. instit.* hoc verò inutile esse, nec deberi, quoniam absurdum foret, heredem propterea puniri, quòd non fecerit id, quod facere vel non potuit, vel non debuit, *arg. d. l. 6. ff. de condic. & demonstr. Donell. d. c. 16. Vigl. Zuich. ad d.* §. *10. de heredib. instit. n. 3.* Adde *Ioh. Fabr. ad d.* §. *ult. de legat. ibiq. Wesenb.* qui aliter ad *d.* §. *10. de hered. instit.* respondet: videlicet legatum hoc pœnæ ob duplex vitium irritum censeri, & quod legatum pœnæ causa datum sit, & quod turpe quid, vel impossibile adiectum. Verùm cum hodie pœnæ causâ legare vitiosum non sit, & jure veteri etiam conditiones impossibiles & turpes detrahantur, hæc ad infirmandum legatum vix sufficere poterunt: adeoq; præcedens responsio & distinctio præferenda omninò videtur, quam pr. bat etiam *Gloss. ad d. l. un. C. de his quæ pœnæ nomine &c. & Eguin. Bar. ad d.* §. *ult. de legat.* Deniq; ad formam externam ultimarum voluntatum pertinet & scripturæ ordo, qui olim necessariò observandus erat, ita ut nisi hæredis institutio tanquam caput atq; fundamentum testamenti præcederet, neq; legata neq; libertas valerent. §. *ante. 34. Inst. d. t. de legat. Ulp. in fragm. d. t. 24.* §. *14. Paul. 3. sent.*

*6.§.1.* quippe quæ extra testamentum esse viderentur, ut loquitur *Theoph. add.§.34.* Nec obstat quod fideicommissa ante heredis institutionem dari poterant, *teste Ulp. in fragm. t. de fideicomm. 25. §.6.* Respondetur enim id propterea factum, quoniam fideicommissa non tantum in testamento, sed etiam ab intestato relinqui poterant, *§.praterea 10. Inst. de fideicom. heredit. Ulp. d. t. 6.* Verum Justin. & hanc juris Civilis scrupulositatem sustulit, & constituit, ut voluntas potius defuncti, quam scripturæ ordo attenderetur, adeoq; legata non tantum ante, sed etiam post heredum institutiones rectè relinqui possent, *d. §.34. de legat.* Cum enim testamentum sit actus continuus; & omnia in eo scripta tanquam unum totum considerentur *l. heredes. 21. § ult. ff. qui test. fac. poss. l. 18. de test.* nihil referre videtur, utrum priori, an posteriori loco posita sit heredis institutio, sed nihilominus semper caput atq; fundamentum testamenti erit, omniaq; ejus capitula ex eâ vim & robur accipient, *l. ambiguitates. 24. C. de test.* Addit *Imperat.* & aliam rationem ex jure veteri, quod ipsum etiam in plerisq; voluntatis potius, quam Scripturæ ordinem sequi solebat. *l. si mihi. 12. inf. l. si idem. 14. l. cum pater. 77. §. fidei tua. 12. ff. de legat. 2.* Illud juri nostro conveniens non est, quod Notarii vulgò in testamentis semper legata præmittere, & heredis institutionem ultimo loco ponere soleant, quos meritò ob id reprehendit *Bach. ad d. §.34. Inst. de legat.* Multò autem magis alienum à jure nostro est, quod nonnulli publicis de arte Notariatus scriptis pro ordine hoc servandum monent, ut legata præcedant, & sequatur heredis institutio, referente *Mynf. ad d. §.34.* Interdum tamen in legatis Scripturæ ordo attenditur, ut primò nominati, primò quoq; vocati intelligantur per ea, quæ habet *Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 6. t. 13. & attingunt. Tubing. p. 6. cons. 263. n. 47.*

# *CAPUT IV.*

## DE FINE ET EFFECTU ULTIMÆ VOLUNTATIS.

FInis ultimarum voluntatum eſt, ut fiat id, quod poſt mortem ſuam diſponens fieri voluit, vel ad honorem ſuum, vel uſum eorum, in quorum gratiam diſpoſitio facta eſt.

In genere enim omnis voluntatis ultimæ finis & ſcopus eſt, ut fiat id, quod poſt obitum ſuum quis fieri voluerit, *l. 1. ff. qui teſt. fac. poſſ. & arg. l. eorum, quæ ſupra c. 1. in definitionis explicatione diximus.* In ſpecie verò vel ipſius defuncti honorem reſpicit, puta, ſi monumentum ſibi fieri, ſi ſpectacula edi juſſerit, *l. demonſtratio. 17. §. ult. ff. de condic. & demonſtr.* vel ad aliorum commodum & utilitatem pertinet; eamq; vel publicam vel privatam. Et publica utilitas viciſſim vel rem ſacram ſive cauſam piam concernit: veluti ſi ad cultum divinum aliasq; pias cauſas quid reliquerit; vel privatum aliquem uſum: puta ſi quis reip. vel opus fieri, vel pecuniam dari juſſerit, *arg. d. l. 17. §. ult. junct. l. 1. ff. de pollicitat.* Privatorum utilitas varia eſt, & in heredum inſtitutionibus, legatis, fidei commiſſis, libertatibus, aliisq; diſpoſitionibus conſiſtit, *arg. N. 115. c. 3. §. ult.*

## HIC 3. NOTANDÆ SUNT REGULÆ.

1. Quod diſponens ſive teſtator heredi

di magis, quam legatario vel fidei comm. favere intelligatur.

Sunt enim defunctorum voluntates magis in legandis rebus suis, quàm in onerandis heredibus faciliores, *l. unum. 67. §. si rem. 8. ff. de legat. 2.* Ratio est, quoniam heres defuncti personam repræsentat, *arg. §. diutina. 7. Inst. de usucap.* & in omne ejus jus succedit, *l. cum heres. 11. ff. de divers. & tempor. præscripr. l. nihil. 24. ff. de V. S. l. hereditas. 62. ff. de R. I.* cum legatarius rei tantum & juris singularis successor sit. *§. legatariis. 11. Inst. de test. ordin.* adeoq; minor erga eum affectus præsumendus, *arg. d. l. 67. §. 8. ff. de legat. 2.* Hinc si testator forte rem alienam legaverit, non aliter heres tenetur, quàm si alienam eam esse testator sciverit, *§. non solum. 4. Inst. de legat.* Solent enim testantes in suis potius rebus legandis, quàm in alienis comparandis & heredibus gravandis faciliores esse, *d. l. 67. §. 8. de legat. 2. l. Sticho. 36. inf. ff. de usu & usufruct. legat.* Nisi forte ad pias causas vel conjunctæ personæ legatum tale relictum sit, *l. 10. C. de legat.* Scientiam autem istam testatoris vel disponentis legatarius probare debet: tum quod actori & aliàs regulariter incumbat probatio. *d. §. 4. de legat. l. 2. & l. 21. ff. de probat.* tum quod in dubio ignorantia potius, quàm scientia in testante præsumenda sit, *c. præsumitur. 47. de R. I. in 6. ibiq. Gloss. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 1379. pr.* Ex eodem principio fluit, quod si testator ita disposuerit, quantum unus heres habebit, tantum heredes meos Titio, vel uxori meæ dare volo, in dubio minor pars accipienda sit, *l. si ita. 43. §. 1. ff. de legat. 2. l. qui concubinam. 29. §. 1. ff. de legat. 3.* Item quod nummis indistinctè legatis, exiguiores legati videantur, *l. nummis. 75. ff. d. t. de legat. 3.* Et si forte ejusdem testamenti binæ extent tabulæ, in quarum alteris 100. in alteris 50. Titio legata sunt, magis heredi parcendum sit, ut tantum 50. debeantur, *l. Sempronius. 47. ff. de legat. 2. Adde Tubingens. part. 6. cons. 263. n. 35. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 7. tit. 1. Argentorat. vol. 1. cons. 84. n. 84. & seqq.* Limitatur autem hæc regula, ut præcedat in legatario & fideicommissario particulari, non in universali, quem magis utiq; quàm heredem directum dilexisse præsumitur, eo ipso

dum

dum ipsum, saltem per indirectum substantiæ & fortunarum successorem elegit, heredi autem nudum hæredis nomen reliquit, §. *inprimis. 2. &* §. *seq. inst. de fideicommiss. hereditatib.* Unde differentiæ ratio peti posse videtur, cur in quartam Falcidiam ea tantum imputentur, quæ jure hereditario capiuntur, in Trebellianicam verò etiam ea, quæ jure legati, fideicomm. vel conditionis implendæ causa accipiuntur, *l. quod autem. 74. l. in quartam. 91. ff. ad l. Falcid.* qua de re infra in parte speciali agendum erit: interim videri potest *Arum. Exerc. 9. th. 17. & D. ad ff. 18. th. 15.*

## 2. Quod disponens cognatis potius, quàm extraneis, & descendentibus, vel adscendentibus magis quàm collateralibus consulere voluisse præsumatur.

In arbitrio quidem disponentis est, utrum in extraneorum, an cognatorum, descendentium vel ascendentium, an collateralium gratiam disponere velit, *arg. pr. & tot. t. Inst. de hered. instit.* §. *legari. 24. Inst. de legat. cum simil.* in dubio tamen semper cognatos extraneis præferre voluisse censetur, cum nemo alienas successiones propriis anteponere credendus sit, *l. cum acutissimi. 30. in f. C. de fideicomm.* Deinde inter cognatos, uti primo descendentibus, postea adscendentib. & tandem collateralibus successionem ab intestato lex defert. *N. 118. c. 1. 2. & 3.* ita quoq; testator eundem servare ordinem intelligitur. Nam liberis aliisq; descendentibus naturalis ratio, quasi tacita quædam lex & commune parentum votum hereditatem addicit, *l. cum ratio. 7. ff. de bonis. damnat.* parentibus verò turbato mortalitatis ordine non minus piè quàm liberis relinqui debet, *l. nam etsi. 15. pr. ff. de inoff. test.* Hinc si fortè dubium existat, utrum testator cognatis, an extraneis prospicere voluerit, pro cognatis facienda est interpretatio, *arg. d. l. 30. C. de fideicommiss.* ne alias in hoc incidamus absurdum, ut magis dilectus deterioris conditionis sit, quàm minus dilectus, con-

tra textum *in l. Publicus 36.* §. *1.ff. de condic. & demonstr. l. 3. C. de bon. matern. Bart. in l. si mater. 33.* §. *1. ff. de vulg. & pupill. substit.* V. gr. Si quis cum liberos non haberet, agnatum vel cognatum heredem instituerit, & legatum ad pias causas, puta vestimenta certis pauperibus, ex certorum bonorum reditibus, singulis annis præstanda reliquerit, & post obitum testatoris reditus isti non sufficiant, dubitari potest, utrum heres hunc defectum ex aliis bonis hereditariis supplere debeat? Et dubitandi quidem ratio inter alias esse potest, favor piæ causæ, pro qua semper dubia testantis voluntas interpretanda est, *Tiraq. de piæ caus. priv. 195.* & in dubio tenenda opinio quæ piæ causæ favet, *arg. l. sunt personæ. 43. ff. de relig. & sumt. funer. Petr. de Anchoran. cons. 45. pr.* Sed decidendi ratio est non tantum quod testator in dubio heredem quam minimum gravare voluisse præsumatur, per ea, quæ ad præced. reg. dicta sunt; sed etiam quod agnatum hunc suum magis quam pauperes istos extraneos dilexisse, adeoq; magis dilectum minus dilecto præposuisse intelligatur. *Mantica de conj. ult. volunt. lib. 6. t. 11. n. 13. Adde Tubing. d. p. 6. cons. 263.* Sic quoq; si forte quis libertis suis heredibus institutis, agnato castrum aliquod, in quod meliorationis causâ magnos sumtus fecerat, legaverit, & de meliorationibus istis controversia inciderit, pro liberis respondendum videtur, ut legatarius sumtus istos certâ tamen ratione, & modo refundere teneatur. Nam semper major est dilectio erga descendentes, quàm collaterales, adeoq; testator in liberorum grave præjudicium agnato favere voluisse præsumendus facilè non est, *arg. l. Titia. 34.* §. *quod invita. 5. ff. de legat. 2. Mantic. d. t. 6. n. 7. & seqq. Argentorat. vol. 1. cons. 97.* ubi plura hanc in rem videri possunt. Extendunt autem vulgò Dd. hanc reg. nostram etiam ad actus inter vivos, puta ad donationem simplicem, ut si quis liberos non habens alicui universa bona vel partem aliquam facultatum largitus fuerit, & postea liberos susceperit, revocare donationem possit, *l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* quasi donator alienas successiones propriis anteponere voluisse præsumendus non sit, *d. l. 30. C. de fideicommiss.* Sed potius tacitam hanc conditionem, si sine liberis decessero, subintellexisse, *arg. l. cum avus. 102. ff. de condic. & demonstr. Gloss. ad d.*

*l. 8.*

*l. 8. C. de revoc. donat. & Dd. comm. teste Clar. 4. sent. §. donatio. q. 22. Harpr. ad §. alia autem. 2. Inst. de donat. n. 183. & seqq.* Verùm *d. l. 8. C. de revoc. donat.* non de quovis donatario, sed in specie de patrono & liberto concepta est, adeóq; temerè generaliter ad quemvis donatorem extendenda non videtur, *arg. l. quod verò. 14. ff. de legib.* maximè cùm alia sit ratio ultimarum voluntatum, de quibus allegatæ leges loquuntur, & actuum inter vivos: quippe in illis unius versatur testantis voluntas, quam pietatis conjectura meritò pleniùs ita interpretamur, quod noluerit testator alienas successiones propriis anteponere. *d. l. 30. C. de fideicomm. & l. 120. ff. de condic. & demonstr.* In his verò, imprimis donatione, quam stricti juris esse constat, *ex l. eum qui, 22. ff. de donat.* id quod à contrahentibus omissum est meritò pro omisso habendum, *l. quicquid. 99. ff. de V. O. Anth. Matth. & Bach. ad d. §. 2. Inst. de donat.* Nec movet, quod & in conventionibus adeoq; actibus inter vivos fideicommissa constitui possint, *arg. l. 2. & 3. C. de donat. quæ sub modo. Cravet. cons. 19. n. 13. sib. Decian. vol. 1. cons. 41. n. 17.* & conseq. discrimen hoc inter ultimas voluntates & actus inter vivos admittendum non videatur. Respondetur enim conventiones ejusmodi non quidem in vim actus inter vivos, sed ultimarum voluntatum valere, *arg. l. licet. 19. C. de pact. ibiq. Gloss. & Dd. Nicol. Reusner. lib. 1. cons. 20. n. 24.* in dubio tamen, & nisi aliæ extent conjecturæ, strictè accipiendas, & quod omissum in iis est, pro omisso quoq; habēdum esse, *arg. d. l. 99. de V. O. & l. quod Roma. 122. §. Flavius. 2. eod. t.* Minus negotii facit, quod argumenta à contractibus ad ultimas voluntates & vice versa duci soleant, *arg. l. ult. C. de legat. Everh. in Topic. loco à contractibus ad ult. volunt. 36. n. 2.* Nam responsionem suppeditat ipse *Everh. dicto loco st.tim pr.* videlicet argumentum hoc non aliter procedere, quàm si contractum & ultimarum voluntatum eadem sit ratio: at hoc nostro casu diversam esse, satis patet ex iis, quæ supra dicta sunt. Illud tamen omittendum non est, in praxi communem istam opinionem receptam, adeoq; consulendo & judicando facilè ab ea recedendum non esse, ut monet *Tiraq. add. l. 8. C. de revocat. donat. in verbo, libertis, n. 134. & ex eo Clar. d. q. 12. n. 1.*

## 3. Quod Ecclesia aliæq; piæ causæ, ut & Princeps in dubio privatorum jure utantur.

Dubitandum non est, quin magnus sit piarum causarum favor, adeò ut in dubio pro iis pronunciandum, quemadmodum in explicatione præced. reg. attigimus; & in testamentis ad pias causas factis, & solennitates juris civilis pleræq; remissæ, *arg. c. relatum, 11. ibiq; Gloss. extra de testam. Adde Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 5. & duab. seqq.* Verum id ad finem ultimarum voluntatum (ut fiat id, quod disponens fieri voluit) pertinere non videtur; sed quoad istum Ecclesiæ aliæq; piæ causæ eodem jure cum privatis & prophanis utuntur: cum aliàs quoq; causæ privilegium non habeant, nisi quod jure expressum est, *arg. l. in fraudum. 15. inf. ff. de test. milit. ibiq; Bald. Vasq. de success. progress. lib. 3. §. 23. n. 50.* Hinc si non solennitatis, sed voluntatis ipsius ratione imperfecta sit dispositio, (puta forte testator testamentum condere inceperit, sed postea, superveniente impedimento aliquo absolvere non potuerit) ne quidem ad pias causas eā valere verius est: nō tā quod ejusmodi dispositio nec inter liberos valeat: nam dispositionem harum non eadem fortasse ratio est, ut notat *Bach. ad Treut. vol. 2. D. 10. th. 6. lit. I.* quàm quod regulariter testamentum ratione voluntatis imperfectum non valeat, *l. furiosum. 9. C. qui test. fac. poss.* à qua reg. nunquam excepta legitur ad pias causas dispositio. *Boër. Dec. 93. n. 50. & Dec. 240. n. 5. Clar. d. §. testam. 47. n. 4. Mynf. cent. 5. obs. 28.* Nec obstat *l. in testamento. 38. ff de fideicomm. libert.* quâ in contrarium movetur *Tiraquell. de pia caus. priv. 7. vers. tu tamen.* Respondetur enim ibi non de imperfectione ratione voluntatis, sed solennitatis sermonem esse, & libertatē in testamento imperfecto propterea valere contra *l. si jure. 11. C. de testament. manumiss.* quoniam alumnæ relicta erat, quam proculdubio omnino liberam esse voluit testator, *arg. l. cum pater. 77. §. filius matrem. 23. ff. de legat. 2. l. cum alienam. 10. C. de legat. Gloss. ad d. l. 38. ff. de fideicomm. libert. Bach. ad d. th. 6. lit. I.* Alr. *Aut. Fab. Dec. 35. err. 7.*

qui

*qui textum d. l. 38. inf.* ab imperito interprete corruptum, & libertatem ibi non ex testamento imperfecto, sed manumissione liberorum ex causa pietatis facta competere. Verum hæc responsio divinatoria, nec textui satis convenire videtur. Adde *Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 22. n. 2. Quæst. jur. Controversi. q. 6. n. 40. & seqq. Harpr. ad §. 3. & 3. Inst. de test. n. 49.* Præterea ex hac reg. nostra duplex à Dd. ventilata quæstio decidi posse videtur. (1.) utrum in testaměto ad pias causas facto etiā legata aliis relicta valeant: & (2) utrū in testaměto imperfecto alio, in quo privilegiat⁹ institutus nō est, legata ad pias causas relicta debeantur. Et in priori quidem quæstione affirmativam tenent *Salicet in auth. cassa & irrita. C. de S.S. Eccles. & alii allegati à Jas. ad l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. C. de testam. n. 10. & Vasq. d. lib. 3. §. 22. n. 11.* tum *arg. auth. quod sine. C. d. t. de testament.* ubi in testamento patris inter liberos, etiam legata extraneis data valent, ergo multò magis in testaměto ad pias causas hoc dicendum: cum major sit favor piæ causæ, quàm liberorum, quando de legitima liberis jure naturæ debitâ non agitur. *Clar. d. §. testam. q. 6. n. 7. & q. 8. n. fin.* tum quod legata sint accessoria heredis institutioni, adeoq; subsistente eâ, & ipsa subsistere debeant, *arg. §. ante 34. Inst. de legat. Clar. d. §. testam. q. 6. n. fin.* Et hanc opinionem communem esse etiam Jason fatetur, adeo, ut nec discrepantem quidem ab ea se invenisse scribat, *d. n. 10.* Verùm quicquid sit, negativa verior videtur, vel ex reg. nostra, qua piæ causas in dubio, eodem cum privatis jure uti diximus; neq; enim favor piarum causarum in præjudicium tertii extendendus est, *arg. c. quid ergo. 3. causa. 23. q. 4. Felin. in c. nonnulli. 38. n. 16. extra de rescript.* nec piæ causæ favore quicquam, quod jure expressum non est, statuendum, *c. si clientulus. vers. sed diversum. de alienat. feud. 1. F. 13.* Jam autem nusquam constitutum est, ut favor piæ causæ etiam legatis extraneorum prodesse debeat, *d. c. relatum. 11. extra de test.* Facit quod & in testamento parentum inter liberos, legata extraneis relicta regulariter non debeantur, *d. l. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de test. ibiq; Jason. n. 10. Vasq. d. §. 12. n. 11. inf.* Et in hanc sententiam tandem etiam inclinat *Clar. d. q. 6. in fin.* Nec obstat *d. Auth. quod sine C. de test.* partim quod privilegia testamento inter

liberos specialiter concessa sine textu ad conseq. trahenda & ad pias causas porrigenda non sint, *arg. l. quod verò 14. ff. de legib.* partim quod d. Auth. casum specialem contineat, quando videlicet pater inscriptis & quidem testibus voluntatem suam inter liberos declaravit: quo demum legata & fideicommiss. extraneis relicta valent. *N. 107. c. 1.* ex quo textu *Auth. ab Irnerio* mutilatè conceptam supplendam esse rectè monet Hartm. *Pistor. lib. 1. q. 2. n. 5. & Pantschman. d. lib. 2. q. 8. n. pen. & ult.* An ergo in testamento ad pias causas in scriptis facto, legata extraneis rectè relinquuntur? Ita *Saliceti* & aliorum opinionem salvari posse putat *Jason. d. n. 11.* Sed fortassis nec hoc temerè recipiendum, cum non omnia, quæ in testamento inter liberos constituta sunt, rectè ad pias causas trahantur: maximè cùm non usq; quaq; verum sit, majorem piæ causæ, quam liberorum favorem esse, per *textum in c. quicunq. 35. causa 17. q. 7.* Deinde non movet, quod principali sive heredis institutione subsistente, & accessoria, puta legata subsistere debeant. Nam reg. ista non procedit, quando diversa est principalis & accessorii ratio: tum enim favor, qui in principali est, in accessorio minimè obtinet. *arg. l. 3. C. de rerum permut. & l. 9. C. de prædiis & al. rebus min. &c. Bart. in l. non dubium. 5. C. de legib. Pantschman. d. q. 8. n. 22.* Hinc dubium incidit, ad quem legata extraneis relicta pertineant, utrum ad heredem institutum, sive piam causam, an advenientes ab intestato? Et pro his, quamvis dubitanter, post alios à se allegatos concludit *Jason. ad d. §. 1. C. de test. n. 10.* per *textum in l. mulieri 84. ff. de condic. & demonstr.* Verùm præter quam quod lex ista varios habeat intellectus, in aliis planè terminis loquitur: quippe quæ de jure accrescendi inter legatarios tractat, cum nobis hic de ea, quæstione sermo sit, ad quemnam legatum inutile pertineat: quod penes heredem institutum manere, ipsiq; accrescere vero similiter colligitur ex *d. l. 21. §. 1. inf. C. de testam.* non obstante ratione diversitatis, q. testamento ad pias causas condito, quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit. *Bart. in. l. 1. C. de SS. Eccles.* non autem si testamentum inter liberos factum fuerit, *Jas. d. n. 10.* Nam ea cum nusquam jure expressa sit, fortassis recipienda non est, cum privilegia contra rationem juris
teme-

temere inducenda non sint, *l. in his. 15. ff. de legib. l. 1. §. ult. ff. de constitut. Princip. Pantschm. d. q. 8. n. 23.* Et si maximè recipienda esset, eadem tamen etiam in testamento inter liberos admittenda foret, cum utrumq; hoc testamentum non tam jure Civili, quàm Gentium, secundum Dd. valeat quo jure non attenditur, an pro parte intestatus decesserit, ut agnoscit etiam *Jas. d. loco.* In posteriori verò quæstione, an videlicet ex testamento quoad heredis institutionem imperfecto, legata ad pias causas debeantur, affirmativam probat *Covarruv. in d. c. relatum. 11. extra de testam. & alii ab eo allegati. Dec. ad l. si nemo. 131. ff. de R. I. n. 3.* per textum *in d. c. 11.* ubi ultimæ voluntates ad pias causas coram duobus testibus valere dicuntur. Accedit, quod favore piæ causæ, clausula codicillaris præsumenda sit, *Jas. ad l. non dubium. 16. C. de testam. n. 7. Hieron. Pantschm. d. lib. 2. q. 6. n. 72.* Verum & hic contraria negativa regulæ nostræ propositæ & juri magis convenire videtur. Cum enim heredis institutio tanquam caput & fundamentum testamenti non subsistat, nec reliqua in testamento scripta subsistere possunt, *l. si nemo. 9. ff. de test. tutel. d. l. 181. ff. de R. I. l. si veritas. 23. l. ex testamento 28. C. de fideicomm.* quoniam principali non subsistente, & accessoria corruere necesse. *l. nihil. 126. §. 1. ff. de R. I. l. cum principalis. 178. ff. eod. t.* A qua reg. cum nusquam exceptæ legantur piæ causæ, meritò sub eadem relinquuntur, *arg. l. 4. §. 1. in f. ff. de hered. instit. & conseq.* eodem jure cum privatorum & Laicorum causis utuntur *Jason. ad d. l. 21. n. 10. C. de test. Vasq. d. lib. 3. de Success. creat. §. 22. n. 12. & alii ab eo allegati. Pantschm. d. q. 8. n. 14.* Neq; infringit hanc, *l. quod cum mater. 28. ff. de inoff. test. & l. ult. ff. de hered. instit.* ubi corruente licet heredis institutione, nihil ominus legata & fideicommissa debentur. Respondetur enim, ibi propter errorem testantis, qui falsò persuasus, liberos suos decessisse, extraneos heredes instituerat, institutionem non valere, sed bona ad liberos pertinere, cum onere tamen legatorum & fideicommissorum, in quibus errorem admissum esse non apparebat. Minus movet, *Nov. 115. c. 3. in f. & c. 4. in f.* Nam ea de liberis à parentibus sine causa exhereditatis vel præteritis loquitur, quo casu heredis quidem institutio nullius momenti est, sed legata tamen & fideicom-

missa

missa à liberis ab intestatò præstanda sunt, *d. c. 3. & c. 4. in f.* Quæ decisio ad nostram hanc quæstionem sine textu extendenda non est, *arg. N. 18. c. 5.* Ad fundamenta contrariæ opinionis quod attinet, responderi potest, & primo ad *id. c. relatum. 11.* extra *de test.* non quidem illud tantum in terris Ecclesiæ, non Imperii obtinere, *Bald. Salicet. & alii relati à Pantschm. d. q. 8. n. 12.* nam imò generaliter hoc jus, ut coram duobus testib. testamentum ad pias causas factũ valeat etiã in terris Imperii, & foro seculari receptũ, testatur *Clar. ad §. testamentum. q 6. n. 2. Wurmſ. pract. obſ. tit. de test. obſ 1. n. 1. & 2.* Sed potius textum de testamento ad pias causas condito loqui, quando videlicet Ecclesia, vel alia pia causa instituta est; at nobis hic sermonem esse de eo testamento, in quo Laicus minus rectè institutus, & legata tantum vel fideicommissa piis causis relicta sunt: de quo casu cum nihil specialiter dispositum reperiatur, meritò juris communis dispositioni standum est, *arg. l. Sancimus, 27. C. de test.* Deinde tacita illa clausula codicillaris, licet vulgo recepta sit, nusquam tamen vel Civili vel Canon. jure tradita est; & si maximè extaret, tamen ad pias causas referenda esset, non ad illud, in quo Laicus minus rectè institutus, & legata tantum ad pias causas relicta sunt. Non obstante eo, quod piæ causæ institutio coram duobus testibus valeat secundum *d. c. 11. de test.* ergò multò magis legata ad pias causas valere debeant; quoniam hoc ita demum admitti potest, si legata extra causam testamenti ab intestato relicta fuerint, quo casu ea, utut jure Civili non nisi coram quinq; testibus valerent, ex Juris Canon. tamen sanctione coram duobus valida esse omninò dicendum est, *arg. d. c. 11. extra. de testament.* Et hæc de priori membro reg. nostræ: Alterum de principe est, quem ipsum quoq; in ultimis voluntatibus, quòad finem & scopum eodem cum privatis jure uti dubitandum non est. Quamvis enim Princeps legibus sit solutus, *l. Princeps 31. ff. de ll.* & leges ipsi à Deo subjectæ sint. *N. 105. c. 2. §. fin.* adeoq; solennia juris in condendo ultimo elogio servare non teneatur. *l. 3. C. de test. ibiq; Gloſſ. Bart. Jaſ. & Dd. comm. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 26. n. 8.* nihil tamẽ imperii tam proprium est, quàm legibus vivere. *d. l. 3. & §. ult. Inſt. quibus mod. test. infirm.* Hinc Princeps in testamento imperfecto heres

res institutus, æquè ac privatus hereditatem petere non potest, *d. l. 3. C. de test.* nec legata vel fideicommissa vindicare, *l. ex imperfecto. 23. ff. de legat. 3.* Quam in rem Imp. Pertinacis allegatur oratio in *d. §. ult. Instit. quibus modis test. infirm.* Cujus hæc extant apud Capitol. verba: Legem, inquit, tulit, ut testamenta priora non prius essent irrita, quàm alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet. Ipseq; professus est, nullius se aditurum hereditatem, quæ adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi heredes & necessarii privarentur: sanctius inopem remp. obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atq; dedecorum vestigia pervenire. Ubi ad pleniorem, hujus rei intellectum quatuor casus notant Dd. Primus est, quando Princeps ipse aliquid agit; puta Augustæ vel liberis in potestate constitutis aliquid donat, vel donationem 500. solidos excedentem sine insinuatione in aliquem confert. Quamvis enim inter privatos invalida esset talis donatio, *l. 1. & tot. t. ff. de donat. int. vir. & ux. l. 1. §. 1. ff. pro donat. l. cum de bonis. 11. C. de donat. §. alia autem. 2. Inst. d. t. l. sancimus. 34. pr. l. si quis. 35. §. 3. C. eod.* à Pr. tamen eam factam valere constitutum est, *d. l. 34. C. de donat. l. donationes quas. 25. & l. seq. C. de donat. int. vir. & uxor.* Sic quoq; testamentum sine solennitatibus juris civilis à Pr. factum valere verius est, *p. d. l. 3. C. de test.* licet contrarium teneat *Fulgos. allegatus à Jason. ad d. l. 3. n. 2. inf.* Secundus casus est, quando in præsentia Principis actus aliquis peragitur, forte testamentum conditur: Et tum quoq; absq; aliis solennitatibus actum istum valere patet *ex l. omnium. 19. C. de test. Jas. Sichard. ad d. l. 3. in f.* Tertius casus est quando privatus quid agit erga Pr. puta ipsum heredem instituendo, vel legata ipsi relinquendo. Et Principem communi jure cum privatis uti supra diximus; ut videlicet nec heredum institutiones, nec legata valeant, *d. l. 3. C. de test. & d. l. 23. ff. de legat 3.* Quartus deniq; casus est, quando cum privatis Pr. aut cum Pr. privati aliquid agunt, puta contractum aliquem celebrant. Et tum quoq; eodem cum privatis jure Prin. uti tenendum est. V. g. Si Pr. feudum alicui concesserit, sine culpa ipsi hoc auferre non potest. *c. sancimus. de feud. sine culp. non amitt. 1. F. 21. ibiq. Gloss. &*

*Dd.* Nam quamvis Pr. legibus solutus sit, ut supra dictum, contractibus tamen solutus non est, ut ait. *Cyn. in l. digna vox. 4. C. de ll. &* licet DEUS leges Imp. subjecerit, contractus tamen eidem nõ subjecit secundum *Bald. in d. l. 2. C. de servit. & aq.* Contractus enim pleriq; & conventiones juris gentium sunt, *l. 5. ff. de just. & jur. §. 2. vers. fin. Inst. de jur. nat. Gent. & Civ.* quo jure Principem tanquam civem quendam mundanum teneri omnino dicendum est. *Sichard. ad d. l. 3. C. de test. Theod. Reinck. de regim. secul. & Eccles. lib. 1. class. c. 12. n. 8. & seqq. aliquot aliiq; ab eo allegati.* Quod autem de Pr. sive Imp. Rom. dictum, ad alios quoq; Reges & Pr. superiorem non recognoscentes rectè extenditur, ut & ii juris quidem solennib. soluti sint, quoad finem tamen ultimarum voluntatum communi jure utantur. *Jason. & Sich. ad d. l. 3. C. de testam.* Sed quid de iis Principib., qui superiorem recognoscunt, quales sunt Electores, & Pr. Imperii nostri dicendum? An & ii testamentum sine solennitatibus condere possunt? Et negativam quidem Dd. communiter tenere testatur *Sichard. ad d. l. 34. C. de donat. n. 19. Rosenth. de feud. c. 12. concl. 10. n. 16.* Verùm affirmativa fortassis temere rejicienda non est: cum hi Principes, licet Superiorem recognoscant, regalia tamen & juris condendi potestatem habeant, adeoq; & ipsi solennibus juris soluti omnino videantur. *Tubing. p. 6. cons. 273. n. 22. & seqq.* Quod consilium extat etiam apud *Harpr. ad §. 3. & 4. Inst de testam.*

## Effectus Ultimarum voluntatum est, quod voluntas defuncti pro lege servanda sit, adeoq; paratam executionem habeat.

Primus & principalis ultimarum voluntatum est effectus, quod voluntas testantis vel disponentis pro lege servanda sit, *l. verbis. 120. ff. de V. S. N. 1. in præfat. N. 22. c. 2.* Nam ea tanquam regina in dispositionibus dominatur, *l. in conditionibus. 19. ff. de condi.*

*di. & demonstr. Hieron. Schurff. cent. 2. cons. 25. n. fin. & cent. 3. cons. 68. n. 5.* & totum in testamentis facit, *l. ex facto. 35. §. rerum. 3. ff. e heredibus instit. Nicol. Reusner. lib. 1. cons. 13. n. 71.* Hinc argumenta à lege ad testato em, & vi e versa ab ultima voluntate ad legem ducuntur per ea, quæ habet *Everh. in Topic. loco. 46. & 47. v.* gr. quemadmodum secundas nuptias lege permittente contrahentes pœnam non incurrunt: quoniam quò legitimè factum est, pœnam non meretur, *l. Gracchus. 4. C. ad l. Iul. de adult.* Ita etiam mulier post annum luctus secundo nubens, de consensu mariti in testamento suo hoc permittentis, in pœnam secundarum nuptiarum non incidit, *d. N. 22. c. 2. Everh. d. loco 46. n. 2.* ubi videri potest. Deinde qui obligatus ad factum ex legis dispositione est, ad illud præstandum præcisè cogi potest, nec liberatur solvendo id, quod interest: puta qui ad operis destructionem obligatus est, id omninò destruere cogitur, *l. Prætor. 20. §. 1. & l seq §. sive 4. ibiq. Gloss. ff. de novi operis nunciat.* Sic quoq; qui ex dispositione testatoris ad factum obstrictus est, puta ad opus faciendum, licet paratus sit pecuniam dare reipub. audiendus non est, sed facere ipse cogitur, *l. fideicommissa. 11. §. ult. ff. de legat. 3. Everh. d. loco. 46. n. 3.* Adde *Dn. Ungep. Exerc. 11. q. 2. in ap.* (3) Notum est prohibitionem alienationis à lege factam impedire Dominii translationem, *pr. Inst. quib. alien. licet cum simil.* Ita etiam prohibitio testatoris in hoc similis est, ut & ipsa dominii translationem impediat, *l. filius fam. 114. §. Divi. 14. ff. de legat. 1. l. cum primis. 77. §. libertis 27. ff. de legat. 2. l. pr. 38. §. quindecim. 5. ff. de legat. 3. l. fin. C. de rebus alien. non alien. Iaf. in l. nemo. potest. 55. in 2. lect. n. 14. ff. d. t. de legat. 1. Wesemb. in pr. ff. qui test. fac. poss. n. 12.* Nec obstat, quod in *d. l. fin. C. de reb. alien. non alien.* etiam prohibitio contrahentium cū prohibitione legis confe tur, & tamen si pactum de nō alienādo traditioni rerum adjectum sit, dominii translationem non impedit, sed actionem tantum ad id, quod inter est competere receptum est, *Anton. Gomez. tom. 2. n. 29. Tubingens. part. 2. cons. 83. n. 115.* Respondetur enim, non quidem etiam pacto prohibitorio dominii translationem impediri cum *Ant. Fabr. Dec. 87. err. 5. &*

 *seqq.*

*seqq.* hoc enim solidè refutat *Bach. de action. D. 4. th. 19.* sed comparationem in *d. l. fin.* non simpliciter fieri, sed in eo tantum, quod alienationis prohibitione sive à lege, sive à testatore, sive pacto contrahentium facta, non tantum dominii translatio, sed etiam ususfructus datio, hypothecæ nexus, servitutis impositio & similia contineantur: alias enim differentiam inter hæc esse, vel ex eo patet, quod lex & testamentum rem ipsam afficiant, *arg. l à Titio. 64. inf. ff. de furt. l. legatum. 130. ff. de legat. 2.* pactum verò ad personam tantum pertineat, adeoq; actionem tantum in personam producere possit, §. *1. Inst. de action. l. actionum. 25. ff. de oblig. & act. Sichard. ad l. 3. C. de condict. ob caus. dat. n. 3. Gail. 2. obs. 16. n. 7. Tubingens. part. 5. cons. 221. n. 72. & seqq.* Limitatur autem hic effectus, ut ita demum voluntas defuncti pro lege sit, si legibus ipsa non repugnet, *d. N. 1. in præfat.* Nemo enim efficere potest, quin leges in testamento suo locum habeat, *l. nemo. 55. ff. de legat. 1.* quare testator in testamento legibus & juri publico derogare non potest, aut jurisdictioni, vel statutis. *Ias. in d. l. 55. ff. de legat. 1. & ex eo Wesemb. in π. ff. qui test. fac. poss. d. n. 12.* V. gr. testator legitimam liberis vel parentibus adimere nequit, quoniam jure & legibus debetur, *l. 7. ff. de bon. damnat. N. 115. c. 3. & 4.* Eadem ratio est legitimæ fratrum & sororum, si turpis persona instituta fuerit, quam & ipsam tanquam lege debitam testatorem auferre non posse dicendum est, *l. fratres 27. C. de inoff. test.* Sic quoq; quarta vel virilis portio conjugi inopi debita testamento auferri nequit, *Auth. Præterea. C. unde vir & ux. N. 53. c. 6. n. 117. c. 5.* Alias enim facilè fraus fieret legi, & præjudicium superstiti conjugi afferretur, *arg. l. si arrogator. 22. §. 1. ff. de adopt.* quod absurdum esset & juri contrarium, *arg. l. in fundo. 38. ff. de R. V. Bart. Ias. & Dd. in & Auth. Præterea. C. unde vir & uxor. Wesemb. in π. ff. d. t. n. fin. & cons. 78. n. 9. Borch. de grad. pag. (mihi) 249. Dn. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. 17. n. 15.* Nec obstat, quod cessante ratione legis & ipsa cesset dispositio *arg. l. quod dictum. 32. ff. de pact. l. 6. § 2. ff. de jur. patron.* at hic cessare rationem, videlicet ne mariti memoria, dum uxor inops stipem quæreret, ignominiâ afficiatur, expeditum est: cum quivis juri pro se introducto renunciare possit, *l. si quis. 51. C. de Episc. &*

*Cler.*

*Cler. l. pen. C. de pact.* & volenti non fiat injuria. *l. 1. §. usq. adeo. 5. ff. de injur.* Respond. enim non hanc solam vel principalem rationem esse, sed eam potius, quod inhumanum visum fuerit, uxorem quæ vitæ socia fuit, *l. 1. ff. de rit. nupt.* & omnium casuum fortuitorum particeps, *l. si cum. 22. §. si maritus. 7. ff. solut. matrimon.* post obitum mariti ad mendicitatem redigi, *d. Auth. Praterea. C. unde vir & uxor*, quam rationem etiam invito & prohibente marito locum habere satis patet: maximè cum nemo juri, quod simul & principaliter alterius favorem concernit. (ut dispositio *d. Auth. Praterea. verb. superstitis conjugis*) renunciare possit, *arg. d. l. pen. C. de pact.* Deinde non resistit, quod provisio hominis, legis privationem cessare faciat, *l. fin. C. de pact. convent. cum simil.* Respondetur enim d. regulæ inter alias limitationes, quæ videri possunt apud *Jas. Negus. & alios allegatos à Bachov. de pignor. lib. 5. c. 11. Ant. Gabriel. comm. concl. lib. 6. t. de R. J. conclus. 8.* & hanc esse, quod procedat in ordinaria provisione; non in ea, quo extra ordinem fit, ut post *Joh. de Imol.* docet *Forst. de success. lib. 9. c. 5. n. 9.* Deniq; parum ad rem facit, quod *d. Auth.* sit juris correctoria, adeoq; extendi ad successionem ex testamento per interpretationem non debeat: partim quod reverâ jus antiquum non corrigat, sed ei tantum aliquid addat, nempe, quod etiam extantibus liberis superstes conjux succedere possit: partim quod interpretatione non extendatur, sed in ipso *textu d. Auth. Praterea inf. & d. N. 53. c. 6.* ad successionem testamentariam haud obscurè porrigatur: partim etiam quod & correctoria ob rationis identitatem interdum licitè extendantur, per ea quæ habet post alios à se allegatos *Hunn. de auth. & interpret. jur. part. post. c. 16. & seqq.* Et hæc quæ diximus generaliter in quavis portione superstiti in bonis præmorientis conjugis debita vera sunt, ut ea testamento auferri nequeat, quoniam legis vel statuti autoritate debetur, adeoq; in arbitrio & potestate privatorum non sit, *arg. d. l. 55. ff. de legat. 1. Gail. 2. obs. 137. in f. & obs. seq. Hartm. Pistor. lib. 1. q. 31. n. 7. Wesemb. d. cons. 87. n. 9.* Nisi forte disertè tantum ab intestato adsignata portio fuerit: quo casu auferri eam testamento, aut minus relinqui posse omnino dicendum est: cum ex causâ intestati ubi testamentum factum est, nihil peti aut deberi possit. *pr. Inst. de heredit. quæ ab intest.*

*Wesemb. in rr. ff. qui test. fac. poss. n. 12. inf. & ad d. t. unde vir & ux. n. fin.* Quod si tamen testator legatum aliquod superstiti conjugi reliquerit, id in portionem istam imputare cogitur, *d. Auth. Praterea. & d. N. 35. c. 6.* Adde omnino *Forst. d. l. 9. c. 8.* Sed quid si maritus bona adhuc vivens alienaverit, poteritne mulier alienata revocare? Et pro affirmativa facit (1) quod donatio ejusmodi in officiosa, adeoq; per querelam inofficiosæ donationis rescindi posse videatur. *arg. l. 1. & tot. t. C. de inoff. donat.* (2) quod hæc alienatio tanquam in fraudem mulieris facta meritò revocanda sit, *arg. L. 1. & tot. t. ff. quæ in fraud. creditor.* (3) quod portio hæc ex legis necessitate etiam contra voluntatem mariti debeatur, ut dictum: ubicunq; autem tale debitum est, non valet alienatio, sed revocari potest, *d. l. 1. & tot. t. C. de inoff. donat. l. 1. ff. si quid in fraud. patron. l. fin. eod. t.* (4) quoniam quod una via prohibitum est, id alia via concedi non debet, *c. cum quid. 39. de R. J. in 6.* at si donatio, vel alia alienatio valeret, id quod testamento prohibitum est, per ea, quæ supra dicta sunt, in actu inter vivos concederetur, contra mentem *Justin. Inst. de l. Fus. Can. toll.* Pro negativa verò afferri potest (1) quod nulla lex hujus revocationis mentionem faciat, adeoq; sine lege loqui erubescendum sit. *N. 18. c. 5.* (2) quia parens ad revocationem eorum, quæ alienata sunt, non admittitur: *l. 2. ff. si quis à parente manumiss.* Eo multo minus uxor, inter quam & maritum tanta conjunctio non esse videtur: cum parens & filius una persona intelligantur, *l. fin. C. de impub. & al. subst.* & liberis bona parentum naturali ratione, & communi parentum voto debeantur, parentibus verò saltem turbato mortalitatis ordine non minus piè relinqui liberorum bona debeant, *l. 7. ff. de bon. damnat. l. nam etsi 15. ff. de inoff. test.* (3) quia donatio hæc in officiosa non est, adeoq; tanquam inofficiosa revocari non potest, *arg. d. l. 1. & tot. t. C. de inoff. donat.* (4) quoniam maritus alienando bona, ita ut uxor portionem debitam salvam habere nequeat, justa ex causa id fecisse, atq; ita maritalem affectionem, ex quâ portionis istius adsignatio fluit, deposuisse videtur, *arg. d. Auth. Praterea. C. unde vir & uxor.* Cum itaq; hæc & alia satis probabiliter in utramq; partem dispu-

disputari possint, distinctione res expedienda est, utrum videlicet alienatio ex necessitate quadam, an verò infraudem conjugis facta fuerit, ut priori quidem casu revocationi locus non sit, cum necessitas legem non habeat, *l. item. 10. §. 1. in f. ff. comm. divid.* & licitum faciat id, quod aliàs non erat licitum, *l. 7. pr. ff. de admin. & peric. tutor. l. qui potuerint 27. ff. de manumiss. test.* posteriori verò omnino alienatio rescindi possit, hactenus, ut superstes conjux portionem ex statuto vel lege debitam integram consequatur, cùm alienatio in fraudem facta valere non debeat, *arg. l. filia. 59. ff. solut. matr. & c. 2. de renunciationibus in 6.* Adde omninò *Forst. d. lib. 9. c. 6.* ubi & ad rationes adductas, quæ aliàs etiam facilè amoveri possunt, sufficienter respondet. Hujus loci est & duplex illa quæstio, utrum testator (1) inventarium, & (2) jus accrescendi prohibere possit? Et quod ad priorem attinet, expeditum est, & communiter receptum, quoad præjudicium creditorum inventarium prohibere non possit, sed heres omninò inventarium conficere, aut non obstante prohibitione testatoris ultra vires hereditatis creditoribus, satis facere teneatur: quoad præjudicium verò legatariorum, fideicomm. & coheredum, confectionem inventarii remittere non prohibeatur, ut docet post *D.l. comm. Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 66.* Frustra dissentiente *Bald. in l. fin. n. 6. C. arbitr. tutel.* Ratio differentiæ expedita est, quod creditoribus testator in solidum obligatus fuerit, adeoq; per remissionem inventarii iniquam conditionem inferre non debeat, *l. non debet, 74. ff. de reg. jur.* legatariis verò uti potuit nihil planè relinquere, ita multò magis in eo, quod reliquit, præjudicium facere potuerit. *Clar. d. q. 66. n. 2. in fin.* Unde testator in testamento suo etiam cavere potest, ne bona sua legatariis tacitæ hypothecæ jure obligata sint, ut Dd. comm. sentire scribit idem *Clar. d. §. test. q. 40.* Hinc facilè colligitur parentes liberis inventarii confectionem efficaciter prohibere non posse; Cũ enim liberi non simplices sint coheredes, sed simul ratione legitimæ q. creditores esse intelligantur, *d. l. 7. ff. de bon. damnat. l. 5. C. de inoff. donat.* omnino tenendum est, parentes per prohibitionem inventarii nullum gravamen legitimæ inferre posse, *l. scimus, 36. §. 2. C. de inoff. test. cum similib.* adeò ut licet parens

rens ipse vivus res suas descripserit, tamen liberi in præjudicium legitimæ huic annotationi stare non teneantur, cum declaratione & æstimatione, quam testator fecit, jus vel portio alicui debita, non magis minui, quàm planè auferri possit: & æstimatio pretii rerum ex veritate, & communi valore, non æstimatione cujusq; privatâ facienda sit, *l, in bonis. 15. in f. n. falcidia 42. ff. ad l. Falc. l. si fundum. 81. §. si libertus. 4. ff. de legat. 1. l. Scriptura 10. C. comm. utr. judic. l. 1. C. arbitr. tutel. l. verba 6. C. de testam.* neq; enim privatæ cujusq; testationes & descriptiones de modo patrimonii vel facultatum veritati officere debent, *l. instrumenta. §. cum duab. seqq. C. de probat.* nisi fortè Juramentum intervenisset, *Auth. quod obtinet. C. eod. t. N. 48. c. 1. Dn. Rittersh. ad Nov. p. 6. c. 7.* Non obstat, quod heredes necesse habeant, stare & acquiescere adsertioni & annotationi defuncti, *l. cum à matre. 14. C. de rei vind. & d. Auth. quod obtinet. C. de probat.* Respondetur enim id, quoad alios heredes, non quoad liberos procedere, quia ratione legitimæ creditores esse intelliguntur, ut eam non ex judicio parentis, sed tanquam æs alienum ex bonis ejus sine omni deminutione, gravamine & conditione consequantur, ut supra dictum. Minus movet, quod in extremis nemo immemor salutis suæ esse, aut animam mendacio polluere velle credatur, *arg. l. ul. C. ad l. Iul. repetund. Dd. ad l. cum quis. 37. §. codicillis. 5. ff. de legat. 3.* Nam id tanti non est, ut propterea, in alterius detrimentum credi cuiquam debeat, *arg. l. si quis ingravi. 3. §. 1. ff. de Senatusc. Silan.* maximè cum morientes multis modis errare in demonstratione bonorum suorum possint: qui error liberis in legitima præjudicium facere non debet, *d. l. 36. §. 2. C. de inoff. test. Auth. novissima. & Auth. seq. C. eod. t.* Adde *cons. Altorf. 53.* ubi plura hac de re habentur. Altera quæstio prohibitionem juris accrescendi continet, quæ in legatis & fideicomm. satis expedita est, cum nulla juris ratio eam impediat: quippe portio deficiens in hereditate manet, adeoq; metus non est, ne quisquam pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, contra *l. jus nostrum. 7. ff. de R. I.* In hereditatibus verò major est difficultas, propter jam allegatam juris reg. quæ non patitur in paganis eundem pro parte intestatum decedere: quod contingeret, si testatorem jus

jus accrescendi prohibere posse dixerimus. *arg. l. si quis. 36. & l. si ita. 74. ff. de heredib. instit.* Unde si forte quis plures heredes scripserit, & nonnulli portiones suas repudiaverint, eæ reliquis heredibus adcrescunt, etiamsi testator jus accrescendi prohibuerit, per *l. unic. C. quando non petent. partes petent. acc. Phil. Matth. ad d. l. 7. d. R. I. n. 7. ibiq. Sturtz. n. 5.* Sic quoq; si quis heredem unum simpliciter, & alterũ in re certâ instituerit, simulq; ne quicquã amplius peteret, expresse prohibuerit, prohibitio ista non valet ad hunc effectum, ut quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *Dec. ad d. l. 7. n. 4. Clar. d. §. testament. q. 74. n. 2. & Dd. comm.* Sed an hoc casu defunctus in totum testatus, an verò intestatus decedere debeat satis controversum est, ut monet *Dec. d. loco.* Nam *Bart. in l. quoties. 9. §. si duo. 13. ff. de hered. instit. & alii allegati à Clar. d. q. 74. n. 3.* qui & ipse à *Bart.* opinione alienus non est contendunt testamentum hoc casu corruere, & rem ad causam intestati redire. *per d. l. 9. §. 13. in fin. verbis.* Si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragetur: quæ eò referunt, ut si testator expresse heredem in re certa institutum plus petere prohibuerit, testamentum etiam quoad ipsam institutionem in re certa annulletur, & res penitus ad causam intestati reducatur. Verùm cum verba *d. l. 9. §. 13.* ambigua sint, & hunc etiam sensum ferre possint, quod propter manifestam defuncti voluntatem heredes, qui æqualiter heredes futuri erant, ex inæqualibus partibus ad successionem vocentur, ea capienda in ambiguo est interpretatio, quæ vitio caret, *l. in ambigua. 19. ff. de legib.* qualis posterior hæc omninò esse videtur. Cum enim dixisset JCtus, uno ex parte tertia fundi Corneliani, altero ex besse instituto, detractâ fundi mentione, qu si sine partibus scriptos, eos hereditare potituros, facilè apparet sequentia verba: Si modo voluntas defuncti &c. eò pertinere, ut si alia sit conjectura voluntatis defuncti, ita instituti ex inæqualibus partibus, unus ex tertia, alter ex besse hereditate potiri debeant, *Fachin. 4. contr. jur. c. 15. in f.* Verior igitur videtur aliorum opinio, qui existimant non obstante prohibitione, juri accrescendi locum fore, & ex re certa institutum repudiante altero, totam hæreditatem consecuturum, *Curt. Senior. cons. 4. n. 3. & Dd. commun.* ut fatetur *Clar. d. loco*, qui ob id eam in pract.ca

servandam esse monet. *Adde Vigl. Zuichi. ad §. hereditas. 5. Inst. de hered. instit. n. 8.* ubi mediam opinionem sequitur, & ab intestato venientes in parte vacuâ tacitè institutos existimat. Illud notandū testatorem jus accrescendi interdum per indirectum impedire: Puta si uni coheredum substitutum dederit: quo casu herede deficiente, portio ejus non ad coheredem, sed ad substitutum devolvitur. *pr. & tot. t. Inst. de vulg. subst. l. 1. & tot. t. ff. de vulg. & pupil. substit. Adde Vasq. de success. progress. lib. 2. in præfatione & de success. creat. lib. 1. §. 101. n. 92.* Præterea limitatur effectus supra propositus, ut voluntas morientis ita demum pro lege habeatur, si certa sit. Nam si ita dubia & obscura fuerit, ut quid disponens senserit, planè non appareat, non jus deficit, sed probatio, *l. duo sunt. 30. ff. de test. tut.* Hinc si quis de pluribus unum manumitti voluerit, nec appareat, de quo manumittendo testator senserit, nulli eorum fideicommissa libertas competit, *l. si quis. 27. ff. de rebus dub.* Item si duo sint Titii, pater & filius, & simpliciter Titius tutor datus fuerit, neq; constat quem testator dare voluerit, neuter tutor erit, *d. l. 30. ff. de test. tut.* Et generaliter quæ in testamento scripta sunt, nec intelliguntur, quid significent, ea proinde habentur, ac si scripta non essent, *l. 2. ff. de his quæ pro non script. l. ubi. 188. ff. de R. I.* Certa autem voluntas est, non tantùm ea, quæ verbis expressa est, sed etiam quæ factis declarata, *arg. l. de quibus. 32. ff. de ll. l. 5. ff. rem rat. haber. l. si tamen. 48. §. ei qui. 3. ff. de Ædil. Edict. l. fin. ff. de divort. Schurff. cent. 3. cons. 44. n. 12. Besold. Cons. Tubing. p. 5. Cons. 239. n. 16.* Qua de re infra paulò plenius agendum erit. Ex his autem quæ jam dicta sunt, voluntatem ultimam pro lege habendā esse sequitur & alter effectus, quod ea paratam executionem habeat, sive via executiva agi possit, ita ut nec libello, nec litis contestatione, nec aliis processus solennibus opus sit: *l. fin. C. de Edict. D. Hadotoll.* qua procedendi ratione magistratus in exequendis sententiis suis uti solere constat. *l. 1. l. 2. & tot. t. C. de execut. rei judic. l. qui restituere. 68. ff. de R. V. Wesenb. in pr. ff. qui test. fac. poss. n 12.* Idq; non tantùm in testamento in scriptis confecto, sed etiam in nuncupativo locum habere verius est; sive illud à Notario probationis gratia in scripturam redactum, sive tantùm coram testibus nuncu-

patum

patum fuerit. Nam quamvis *d. l. fin.* expressè requirat, ut testamentum ostendatur: deinde aliàs quoq; testamenta semper aperienda & legenda sint, antequam fiat executio, *l. 2. §. si dubitetur. 4. ff. test. quemadmodum aperiantur, inspic. &c.* quod de nuncupativo simplici dici non posse expeditum est, *l. 1. ff. de his quæ in test. delentur &c.* & deniq; soli testes jure communi notorium non faciant, *Sichard. ad d. l. fin. C. de edict. D. Hadrian. toll. n. 9.* tamen favor ultimarum voluntatum exigit, ut non minus ea, quæ à testatore corã testibus nuncupata, quam quæ in Scripturam redacta sunt, defunctorum elogia, paratam executionem habeant, *arg. l. 1. C. de SS. Eccles. 2. ult. Inst. de test.* maximè cum & scriptum testamentum non aliter executionem mereatur, quam si depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, *d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* adeòq; nihil interesse videatur, utrum in scripturam redactum, an sine scriptura testibus sufficienter probari possit. Licet enim testamentum non scriptum in judicio aperiendum vel legendum in tabulis produci nequeat: producitur tamen audiendum, cognoscendum & intelligendum ex tabulis pectorum, fidei & Religionis testium, de voluntate testatoris in veritate disponentium ut loquitur *Petr. Frid. Mindan. de processibus. lib. 2. c. 68. n. 10.* Et hæc in heredibus satis expedita sunt, ut ii Magistratum adire, & executionem ultimæ voluntatis sine solenni aliquo processu petere & impetrare possint. Si modò (1) testamentum non cancellatum nec aliàs vitiosum prolatum, vel defuncti voluntas per testes legitimos & habiles probata fuerit, ut modò dictum: Deinde ut legitimus contradictor, qui ex justo aliquo titulo hereditatem possideat, nullus adsit, *d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* Nam si legitimus contradictor adfuerit, huic beneficio executionis paratæ locus non erit, sed causa ad ordinarium & solennem processum remittenda, *d. l. fin. §. sic n.* In legatariis autem & fidei commissariis singularibus propter diversas interpretum sententias res difficultate non caret. Quidam simpliciter negant, legatarios pro legatis consequendis via executiva uti posse: tum quòd aliàs frustrà certæ & ordinariæ actiones pro legatis essent proditæ in *l. 1. C. communia. de legat. & §. 2. Inst. de legat.* tum quod legatarii semper legitimum contradictorem

videlicet heredem habeant; quô casu causam ad ordinarium pertinere processum modò diximus: tum deniq; quod *d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* exprelse de herede concessa sit, adeoq; sine textu ad legatarium & fideicommissarium porrigenda non videatur, *arg. N. 18. c. 5. Menoch. de adipisc. poss. rem. 4. n. 697. Fach. 5. contr. 31. Matth. Coler. de process. executiv. part. 3. c. 2. n. 32. Harpr. ad d. §. 2. Inst. de legat. p. 25. & 26. Treutl. vol. 2. D. 13. th. fin. lit. C. ibiq; Hunn.* Nisi fortè testator jusserit legatarium à se ipso accipere, *l. Titia. 34. §. Lucius. 1. vers. Volo eam à se ipsa accipere &c. ff. de legat. 2.* quo casu etiam legatarium via executiva rectè agere volunt *Coler. d. n. 32. inf. & Dd. comm. Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 9. n. 16.* Alii contra simpliciter affirmant, tùm quod in legatis æquè ac in hereditatibus favor ultimarum voluntatum locum habere, & paratam executionem mereri videatur, *arg. d. l. 1. C. de S.S. Eccles. §. ante. 34. Inst. de legat. tum argum. N. 1. c. 4.* ubi necessitas imponitur heredi legata, & alia quæ relicta à testatore sunt, intra annum præstandi, ita ut si in mora fuerit, hereditario suo jure cadat. Qui textus licet ad heredes pertineat, tamen argumentum præbet satis evidens, legata quoq; sine ulteriori dilatione solvenda esse, & decretum judiciale de solvendo intervenire posse. *Dec. Jas. & Sithard. in d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll. Joseph. Ludovic. Dec. 23. n. 9. Mindan. d. c. 68. n. 4.* Si videlicet jus testamenti & hinc legatarii liquidum & indubitatum fuerit, *arg. d. l. fin. Bach. ad Treutl. d. th. fin. lit. E. in f.* Nõnulli verò distinctione rem expedire conantur, ut legatarii ex *d. l. fin.* quidem via executiva uti nequeant, sed aliàs tamen actiones sibi competentes executivè intentare non prohibeantur, *arg. d. N. 1. c. 4. Dn. Camerales apud Mynf. Cent. 5. obs. 61.* Quam distinctionem & nos secuti sumus, *Disp. ad Inst. 9. th. 7. lit. C.* Sed annon juris nostri principiis contrarium est, actiones quæ natura sua ordinariæ sunt, quales pro legatis competunt, executivè exerceri posse? Ita sanè visum *Godofr. Fibig. Exerc. Jurid. 7. q. 2. lit. A. in f.* Verùm honoratior & sanctior nobis esse debet, tantorum virorum authoritas, quàm ut eos in juris principia impingere statuamus. Nam ut taceam, quod actio judicati tanquam ex quasi contractu descendens ordinaria sit, *l. 1. §. idem scribit. 11. ff. de pecul.* & tamen sumari-

tet

ter adeoq; executivè, sine libello, l.tis contestatione, aliisq; processus solennibus proponi possit, per ea, quæ post *Angel. Raph. Cuman. Alexandr. & Jason. trad Zas. in l. intra. 7. ff. de re iu'ic. n. 10. Mynsing. resp. 6. n. 11. Geil. 1. obs. 113. n. 9. cum seq. Mindan. d. lib. 2. c. 58. n. 4.* hæc quoq; videtur *Dnn. Cameralium & Mynf.* opinio, quod pro legatis via executiva agi possit; non quidem ex *d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* utpote quæ de hereditate specialiter concepta est; sed vigore actionum pro legatis consequendis competentiū, ut legatarius ex causa vel dominii, vel obligationis, vel hypothecæ, *arg. d. l. 1. C. comm. de legat. & d. §. 2. Inst. de legat.* sine libello aliisq; solennibus judiciorum, magistratum competentem adire, & executionem testamenti, quoad legatum sibi relictum rectâ petere possit, *arg. d. N. 1. c. 4.* Neq; movent, quæ pro negativa supra allata sunt, Ad (1) enim responderi potest negando conseq. quoniam via ista executiva non tollit planè actionem ordinariam, sed brevissimum & expeditissimum procedendi modum habet, ut actor sine solenni processu judiciario, implorato magistratus vel judicis officio, vel qualicunq; petitione proposita & ostenso testamento protenus suum consequi possit: quemadmodum & in hereditatibus remedium *d. l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* hereditatis petionē non tollit, sed liberum actori relinquit, an remedio isto executivo, an ordinaria actione, vel interdicto quorum bonorum uti velit. Ad secundum respondendum, heredem in causa legati liquidi & indubitati pro legitimo contradictore non haberi: etsi maximè contradicendi causam aliquam haberet, legatarii tamen jus propter expressam defuncti voluntatem & legis dispositionem, potentius esset, ut meritò via executiva ipsi consuli debeat, *arg. d. N. 1. c. 4.* Ad ultimum responsio, expedita est, videlicet legatario, non ex dicta *l. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* sed vigore actionum consuli, ut ipsæ in casu testamenti & legati liquidi executivè intentari possint, per ea quæ modò dicta sunt. Alii directum *d. l. fin.* remedium tantùm ad heredem, utile verò etiam ad legatarios & fideicommissarios particulares pertinere volunt, *Guid. Pap. Decis. 362. n. 1. & ex eo Fibig. d. loc.* Hinc facilè colligitur, non tantùm testamenta, sed codicillos quoq;, aliàsq; quascunq; voluntates ultimas paratam execu-

cutionem habere, *arg. l. filium. 14. ff. de Senatus, Maced.* cum omnium idem favor sit, ut exitum habeant supremæ voluntates, *d. l. 1. C. de S. S. Eccl.* Nec obstat quod ea, quæ in codicillis aliisq; voluntatibus ultimis extra testamenta relinquuntur, ab intestato dari dicantur, *l. quæ idem. 7. ab intestato. 16. ff. de jur. Codicill.* Respondetur enim, hoc, quoad heredum institutiones, quæ non nisi in testamentis fieri possunt, verum esse, non quoad legata & fideicommissa, quæ etiam in aliis voluntatibus rectè relinqui constat *Mindan. d. c. 68. n. 11.*

## *Hic 4. notandæ sunt Regulæ.*

### 1. Quando testatoris verba clara sunt, ab iis recedendum non est.

Cum enim in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quæstio, *l. ille, 25. ff. de legat. 3.* & in claris conjecturis locus non est, *arg. l. Continuus. 137. §. cum ita. 2. inf. ff. de V. O. Petr. Ant. de Petra. de fideicomm. q. 9. n. 53. & seq. Peregrin. de fideicomm. art. 11. n. 2. & 3. Hieron. Schurff. cent. 3. cons. 82. n. 5. & 6.* Idq; adeò verum est, ut etiam in testamento inter liberos claris testatoris verbis standum sit. V. gr. Pater in dubio liberos æqualiter diligere præsumitur, *l. nam etsi. 15. ff. de inoff. test.* Et si plura forte extent testamenta inter liberos condita, illud servandum, quod æqualitatem inter liberos continet, ut docet *Paul. de Castr. in Auth. Hac inter liberos. C. de test. col. 11 vers. in contrarium. &c.* si tamen expressè inæqualiter instituerit, valere institutionem verius est per textum in *l. filii. 26. D l. fin. C. famil. ercisc. Clar. lib. 3. sent. §. testamentum. q. 14. n. 8. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 21. n. 67. Hartm. Pistor. lib. 1. Quæst. Jur. 1. n. 11. Pantshmann. Quæst. Jur. lib. 2. q. 1. n. 34. & seqq.* Idem dicendum & in testamento ad pias causas. Nam quamvis piarum causarum magnus aliàs favor sit, ut supra attigimus tamen clara testatoris verba prævalent, & voluntas testatoris secundum verba etiam contra piam causam intelligenda est, *Mantic. de con-*

*conject. ult. volunt. lib.3. t. 4. n. 5.* Limitatur hæc regula, ut procedat (1) quando verba clara sunt, ut dictum. Nam si ambigua vel obscura fuerint, ante omnia videndum, quidnam verisimilius sit, & plerumq; circa ejusmodi negotia in ea regione fieri soleat, *l. semper. 34. l. in obscuris. 114. ff. de R. I.* Deinde ipsius disponentis consuetudo attendenda est, *arg. l. 3. §. ult. ff. de Supell. lega..* ita ut si forte verbũ ambiguũ vel obscurũ in uno capitulo dispositionis explicatũ sit, eodem sensu etiam in alio ejusdem dispositionis capitulo accipiatur, *Bart. in l. utrum. 23. ff. de heredit. petit. Curt. Iun. cons. 112. n. 7. & Cons. seq. n. 8. Peregrin. de fideicomm. art. 25. n. 30. & 34.* Deniq; si neq; regionis mos, neq; disponentis appareat, id quod minimum est, sequimur, *d. l. 34. in f. & l. semper. 9. ff. eod. t. ibiq; Petr. Fabr. Hipp. à Collib. & Phil. Matth.* In subsidium enim demum hac regula nos uti, rectè monet *Cagnol. ad d. l. 9. n. 5.* Non obstat *l. Titia. 38. §. ult. ff. de aur. arg. &c. legat.* ubi dubitatur, utrum testator argenteum, an æreum monumentum fieri voluerit, & tandem argenteum ponendum esse concluditur. Respondetur enim, non quidem textum corrigendo, & pro ærea, legendo aurea cum *Phil. Dec. ad d. l. 9. de R. I. n. 6. Phil. Matth. n. 29.* quoniam à correctionibus textuum, quantum fieri potest, abstinendum est; neq; exceptionem in piis causis constituendo cum *Cagnol. n. 10. Giph. n. 4. & Dd. comm.* nam & in legato ad pias causas in obscuro minimum debetur, *arg. c. ex parte. 10. Extra de censibus,* cùm aliàs piæ causæ in dubio privatorum jure utantur, ut supra dictum: sed potius ibi argenteum non æreum signum ponendum esse, ex præsumta defuncti voluntate, quæ ex eò colligitur, quod & in patria & cum subscriptione nominis sui fieri voluerit; & ex enixis illis expressisq; verbi si mihi per conditionem humanam &c. *Petr. Fab. ad d. l. 9. de R. I.* Deinde non movet, quod voluntates testantium plenius interpretandæ sint, *l. 22. ff. eod. t.* Respondetur enim id verum esse, quando de re legata cõstat, & tantùm de modò, qualitate utendi aliisq; circumstantiis dubium est; nam si de re ipsa, an videlicet, vel quantum legatum sit, difficultas incidat; id quod minimum est, sequimur, *d. l. 9. Adde Giph. n. 4. & Phil. Matth. n. 31. & 32.* Deniq; non resistit, quod homine generaliter legato, nec optimus, nec pessimus eligi debeat, *l. legato*

*legato. 37. pr. ff. de legat. 1.* Respond. enim id propterea fieri, quoniam hoc casu minimum nullam utilitatem habiturum est, cum nullum potius, quàm pessimum habere servum expediat, *Johann. Ferr. Mindan. ad d. l. 9. ibiq; Dec. n. 3. Phil. Matth. n. 26.* Secundo limitatur reg. nostra, quod verba dispositionis etiam clara, ita tamen accipienda sint, ut evitetur absurdum, *arg. l. aliud est. 160. §. absurdum. 2. ff. de R. J.* cum absurditas intellectus ab omni dispositione rejicienda sit, *l. nam absurdum. 7. ff. de bon. libertor. l. 1. §. 4. ff. de publ. & vectigal. Gloss. in can. sedulo. 12. dist. 38.* & absurditatis vitandæ causa à communis juris regulis, & proprietate verborum recedendum *Bart. in l. Gallus. 29. ff. de liber. & Posth. Mantic. de conject. ult. vol. 3. t. 7. Regn. Sixt. Cons. Marp. 10. n. 146. vol. 3.* Quemadmodum & leges ita accipiendæ sunt, ne absurdum aliquod ex iis nascatur, *l. in ambigua. 19. ff. de ll. l. 2. C. de condic. instit. Hartm. Pist. lib. 2. q. 44. n. 23. & 24. Bender. de revision. conclus. 20. n. 41. & Dd. comm.* Idem est, si ineptum sensum testatoris verba contineant, *arg. l. servo alieno. 113. §. ult. de legat. 1. Mantic. de conject. ult. vol. d. lib. 3. t. 3. num. 15.* Tertio verba dispositionum ita accipienda sunt, ne pugnam & contrarietatem aliquam inducant, *arg. c. inter dilectos. 6. vers. caeterùm extra de fid. inst.* ubi enim pugnantia in testamento iubentur, neutrum ratum est, *l. ubi. 188. pr. ff. de R. J.* unde videndum ut contrarietas ista conciliari, & voluntas defuncti investigari possit. *Dec. & Cagnol. ad d. l. 188.* Eodem modò quo leges, quæ pugnare videntur, in concordiam redigendæ, semperq; ita accipiendæ sunt, ut quantum fieri potest, evitetur contrarietas, *l. 2. §. contrarium. 16. C. de vet. jur. enucl.* Quartò verba semper secundum subjectam materiam accipienda sunt, *arg. l. ex conducto. 15. §. si uno. 4. ff. locati. & l. quoties. 67. ff de R. J. part. 1. cons. 6. n. 94. & cons. 9. n. 64. inter cons. Tubing.* Ita enim & in legibus verba secundum subjectam materiam exaudienda esse monet. *Hartm. Pistor. lib. 5. q. 38. n. 20. & lib. 2. q. 1. n. 102. Phil. Matth. cons. Marp. 26. n. 155. vol. 3.* Deniq; ita verbis inhærendum, ut voluntas disponentis tamen conservetur. Nam si de ea aliunde appareat, etiam à verbis claris aliàs recedendum est; cum voluntas disponentis semper verbis ejus præponenda sit. *§. sed olim. 3. §. ante. 34. Inst. de legat. l. 3. C. de liber. præter.* quemadmodum animus

mus præponitur corpori, *d. Can. 12. dist. 38. Schneid. ad d. §. 3. de legat. n.5. & Dd. communiter.* Qua de re in seq. reg. dicendum erit.

## II. Voluntas disponentis non ex verbis tantum, sed etiam factis, & conjecturis desumitur.

Duplex enim est voluntas, una expressa, altera tacita. Illa verbis exprimitur; hæc ex factis & conjecturis verisimilibus colligitur, *arg. l. 2. ff. de pact. l. 3. ff. pro soc. Joh. Fab. ad §. qua ratione. 1. Inst. de pupill. subst. Adde Tiraq. in legib. connub. Gloss. 7. n. 81. & sequ. Roderic. Alvarad. de conjecturat. ment. defuncti lib. 1. c. 2.* Utriusq; eadem virtus est, *arg. l. 3. ff. de rebus credit. cum simil. Gloss. in l. expressa 105. ff. de R. J. & Dd. comm. Petr. Ant. de Petr. d. tr. q. 8. n. 224. Peregrin. art. 47. n. 30. Regn. Sixtin. cons. Marp. 7. n. 26. vol. 3.* Unde non refert expressa, an tacita sit heredis institutio, vel substitutio, ut docet *Gœdd. Cons. Marp. 25. n. 11. vol. 1. Argent. vol. 2. cons. 49. n. 173. & seqq.* Sic quoq; eadem ratio est expressi & taciti in juramẽto calumniæ, quod neq; expressè neq; tacitè jure civili remitti potest, *l. 1. l. 2. §. 4. C. de jurejur. propter calumn. dand.* quamvis jure Canon. tacita remissio non noceat, *c. 1. de jur. calumn. in 6.* Interdum tamen major vis & efficacia est expressi, quàm taciti; quando videlicet legibus hoc cautum reperitur. v. gr. exheredatio expressa testamentum parentis, licet aliàs iniquum & inofficiosum, summo jure sustinet: præteritio, quæ tacitam exheredationem continet, *pr. Inst. de inoff. test.* ipso jure nullum reddit. *pr. Inst. de exheredat. liberorum.* quoniam institutio vel exheredatio filii in potestate constituti pro forma testamenti parentis requiritur, *d. pr.* adeòq; præcisè observanda est, *Joh. Andr. in c. in toto. 80. de R. J. in 6.* Sic quoq; expressa novationis mentio priorem obligationem ipso jure tollit, & in aliam transfundit, tacita vel ex conjecturis collecta nihil operatur, *l. ult. C. de novat. & delegat. §. præterea 3. Inst. quib. mod. toll. obl.* Item miles, si adversarius expressè consentiat, pro-

curator esse nequit; quod si idem tempore litis contestatæ taceat, nec præscriptionem militiæ opponat, rectè admittitur, *l. filiusfam. 8. §. veterani. 2. ff. de procurat. & l. ita demum. 13. C. eod. t.* expressa enim nocent, non expressa non nocent, *d. l. 195. ff. de R. I. l. nonnunquam. 52. ff. de condic. & demonstr. Adde Petr. Ant. de Petr.* qui exẽplum ponit in prohibitione alienationis expressâ & tacitâ, ut illa dominii translationem impediat, hæc non impediat, *d. tr. q. 8. n. 227. 234.* Ad tacitam autem voluntatem inducendam, disponentem quid dixisse vel fecisse oportet, ex quo ea probabiliter colligi potest: aliàs voluisse eum non sufficiet secundum *Jas. in d. l. 3. C. de lib. præter.* quia propositum in mente retentum nihil operatur, *l. si repetendum. 7. C. de condict. ob causam*, &, quod quis non loquitur, id nec velle præsumitur, *l. Labeo. 7. §. ult. ff. de suppell. legat. Roder. Alvarad. d. c. 2. n. 6.* V. gr. Verisimile est unumquemq; agnatis potius aliisq; conjunctis personis, quàm extraneis consulere voluisse, *arg. l. cum alienam. 10. C. de legat. & eorum, quæ supra sub fin. reg. 2.* diximus: nihilominus tamen si forte quis extraneo herede instituto decesserit, conjecturatæ hujus voluntatis nulla habenda est ratio, sed quod à testatore omissum, pro omisso meritò habendum est: *arg. d. l. 7. C. de condict. ob caus.* Sic quoq; si maritus in testamento suo certam pecuniæ summam ad pias causas reliquerit, & uxorem ut idem in suo quoq; faceret, hortatus fuerit, probabile quidem est, uxorem tam mariti amore, quàm pietatis intuitu id facturam: quod si tamen decedens nihil disposuerit, ex quo voluntas ejus verisimiliter colligi possit, pietatis hæc conjectura attendenda non est, *arg. l. si is, qui. 25. ff. qui test. fac. poss. & ibi Gloss.* Facta verò ex quibus voluntas disponentis desumi potest, varia & penè infinita sunt, adeòq; interpretatio etiam varia, *arg. l. 2. ff. de jur. & facti. ignor.* quæ tamen ad (4) summa capita reduci posse videtur. Aut enim voluntatem disponentis colligimus ex condicione personæ ipsius disponentis; aut condicione illius, in cujus favorem & commodum facta est dispositio: aut ex qualitate rei relictæ: aut deniq; ex ipsa dispositione. Ad personam disponentis quod attinet, in genere omnia ejus dicta & facta ita accipienda sunt, ut valeat potius, quàm pereat dispositio, *l. quoties. 12. ff. de rebus. dub. l. quoties. 8. ff. de V. O.* In specie

specie aliter pagani, aliter militis dispositio interpretanda est. Nam miles deportatum & ferè omnes, qui aliàs testamenti factionem non habent, heredes instituere potest, *l. idem est. 13. §. 2. ff. de test. milit.* Non obstat. *l. miles. 41. §. 1. ff. d. t. & l. mulierem. 14. ff. de his quibus indign.* ubi miles mulieri, in quam turpis cadit suspicio, nihil relinquere potest. Respondetur enim, id in militibus & mulieribus ejusmodi speciale esse, ne fortè milites à focariis suis fictis adulationibus spolientur, ut rescribit *Imp. Anton. in l. 2. C. de donat. int. vir & uxor.* quamvis aliàs nec inhonestas donationes prohibitas esse constet, *l. 5. ff. de donat.* In persona ejus cujus favore facta dispositio, alia ratio habita est, descendentium & adscendentium, alia cognatorum, alia planè extraneorũ, ut supra aliquoties attigimus. Sic testatore rem alienam legante, siquidem extraneo, is probare debet, testatorem scivisse se rem alienam legare, *§. non solum. 4. in f. Inst. de legat. l. verius. 21. ff. de probat.* Si verò fratri vel aliàs conjunctæ personæ; valet relictum; cum ejusmodi personis legaturus præsumitur, etiamsi scivisset rem alienam esse, *d. l. 10. C. de legat.* Nõ obstat *l. quidam. 25. §. si quis. 2. ff. ad SCt. Trebell.* ubi libertas servo, quem alienum esse ignorabat testator, data valet, ita ut pretium ejus præstare heredes cogantur. Respondetur enim, id favore libertorum fieri, cum dissimilis planè causa sit libertatis & fideicómmissi pecuniarii, *l. Paulus respondet. 39. pr. ff. de fideicommiss. libertatibus.* Hinc non malè quidam colligunt etiam ad pias causas legatum rei alienæ valere, licet testator eam alienam esse ignoraverit: quoniam libertatis favor & pia causa in jure æquiparata sunt, ut docet *Bart. & Alexander. in l. si unus. 12. C. de testam.* Deinde non resistit *l. cum pater. 77. §. evictis. 8. ff. de legat. 2.* ubi si res aliena, quam testator suam esse putabat, filio, maximè conjunctæ personæ, legata, evicta fuerit nihil debetur. Respondetur enim id propterea fieri, quoniam filius etiam coheres erat, ideoq; cum lucrum ex hereditate percipiat, de amisso lucro rei legatæ conqueri non potest, ut docet *Sichard. ad d. l. 10. C. de legat. n. 18. Adde Gloss. ad d. l. 77. §. 8. ff. de legat. 2.* Illud hic obiter notandum, conjunctas personas dici non tantum agnatos & cognatos, sed etiam uxorem, *arg. d. l. 10.* item præceptores, alumnos, amicos singulares, *arg. l. nemo. 51. §. 1.*

*ff. de heredib. instit. l. si servus. 50. §. ult. ff. de legat. 1. Trentl. vol. 2. D. 13. th. 5. lit. C. ibiq; Bach.* Interdum & qualitas rei relictæ singularem interpretationem inducit. Nam si alimenta legata fuerint ei, qui in metallum damnatus est, omninò debentur, *l. is cui. 11. ff. de aliment. & cibar. legat.* quamvis alia eidem relicta pro non scriptis habeantur, *l. 3. ff. de his quæ pro non script.* Ita in dubio prò libertate facienda est interpretatio, *l. quoties. 20. ff. de R. J.* cum ea omnibus rebus favorabilior sit, *l. libertas. 122. ff. eod. tit.* Hinc si servus testamento liber esse jussus, eiq; simul legatum sub conditione datum sit, ita voluntatem defuncti interpretamur, ut deficiente licet condicione, libertas nihilominus ei competat, *l. si servus. 19. ff. de statu liber.* Quin imò si dubium sit, utrum dominus servum manumissum voluerit, in dubia & obscura ista voluntate servus liber pronunciabitur, *l. in obscura. 179. ff. d. t. de R. J.* quemadmodum favor libertatis sæpè & aliàs benigniores sententias exprimere solet, ut notat *Marcian. in l. pœnales. 32. & ult. ff. ad l. Falcid.* Sic quoq; in dote legata, si obscura vel ambigua verba fuerint, non id quod minimũ, sed quod plenius est, sequimur, *arg. l. nuptura. 57. in f. ff. de jure dot.* cum in dubio pro dotibus respondere melius sit, *l. in ambiguis. 70. ff. d. t. & l. 85. pr. ff. de R. J.* Ita fundo vel ædificio generaliter legato, nullum legatum est, *l. cum post divortium. 69. §. gener. 4. ff. d. t. de jur. dot.* nisi fortè testator ædes vel fundos regionibus divisos in hereditate reliquerit, *l. si domus. 70. pr. l. legato. 37. §. 1. ff. de legat. 1. Claud. Cantiunc. ad §. generaliter. 22. Inst. de legat. ibiq; Angel. Aretin. n. 2. Schneid. n. 13. Jas. ad d. l. 37. n. 27. de legat. 1. Donell. 8. comm. 19.* At si dotis causa fundus in genere vel domus legata fuerit, ita voluntatem defuncti favore matrimonii & dotis publico interpretamur, ut etiamsi promissor fundos vel domos non habuerit, utile tamen legatum sit, & is in dotem dandus sit, quem præstare facultatibus defuncti & dignitati mariti conveniens est, *arg. d. l. 69. §. 4. ff. de jure dot.* cum hoc casu nec fundus nec ædificium corpus planè ignotum dici possit, ut rectè *Gloss. ad d. l. 69. §. 4.* quamvis aliud videatur *Bald. Novell. de dotib. p. 6. privil. 11. n. 2.* Deniq; & ipsa dispositio ejusq; ordo voluntatis defuncti probabilem conjecturam suppeditat. Nam si disponens rationem dispositionis suæ expres-

ſerit, ex ea voluntatem ejus commodiſſimè vel ſtrictius vel largius interpretamur, pro ut ratio adjecta vel ſpecialis vel generalis fuerit, *l. cum pater 77. §. dulciſſimis. 20. ff. de legat. 2. l. nomen. 34. §. ult. ff. de legat. 3. Roderic. Alvarad. d. tr. lib. 4. c. 4. n. 17.* adeò ut etiam ceſſante ratione, ipſa diſpoſitio ceſſare debeat, *arg. l. adigere. 6. §. quamvis. 2. ff. de jur. patronat. Everh. loc. 80. à ceſſante. ratione & Tiraq. tract. ceſſante cauſa per totum. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 6. t. 14. n. 14.* Si modò finalis cauſa non impulſiva fuerit: quippe impulſiva cauſa ceſſante, non ſtatim ceſſat ipſa diſpoſitio. *Mantic. d. t. 14. n. 15. Alvarad. d. c. 4. n. 14. Adde Tiraq. d. tr. ceſſ. cauſ. limit. 1. n. 21. usq. 58.* ubi copioſe explicat, quando finalis, quando impulſiva cauſa præſumenda ſit. Interdum & non expreſſa cauſa finalis, ſed tacitè ſubintellecta aliquid operatur: veluti ſi unica ſit, quæ teſtatorem ad ita diſponendũ movit, *arg. l. 2. ibi: ſi modò unicus ſit. ff. de lib. & poſth.* V. gr. Si teſtator tutorem teſtamento liberis dederit, eiq; legatum reliquerit, hæc veriſimiliter defuncti voluntas eſſe videtur: ut ſi tutor datus à tutelâ ſe excuſaverit, etiam legatum ſibi eodem teſtamento datum amittat. *l. qui tutelam. 28. ff. de teſtam. tut. l. etiam ſi. 111. ff. de legat. 1. l. pen. in f. C. de legat. Adde Alvarad. d. c. 4. n. 17. & 18. Mantic. d. t. 14. n. 20.* Præterea & ordo diſpoſitionis vel Scripturæ ad eruendam defuncti voluntatem negligendus non eſt: veluti ſi uſusfructus Titio & Mævio legetur, ut alternis annis utantur fruantur, hæc defuncti voluntas eſſe intelligitur, ut prius Titius, deinde Mævius legatum habeat, *l. quoties. 34. ff. de uſufr.* Item ſi plures ſervos manumittere quis rogatus ſit, & id quod datum eſt, ad quorundam tantum pretium ſufficiat. Ordo Scripturæ ſequendus, & ii manumittendi ſunt, qui priori loco nominati ſunt, *l. generaliter. 24. §. quid ergo. 17. ff. de fideicomm. libert. Alvarad. d. lib. 4. c. 2. n. 12. Mantic. d. tr. lib. 7. t. 7. n. 3.* Huc pertinent etiam præfationes & clauſulæ in medio vel fine diſpoſitionum poſitæ, ex quibus pro circumſtantiarum ratione diſponentis voluntas quoad præcedentia & ſequentia non improbabiliter etiam colligitur. *Adde Mantic. d. tr. lib. 5. t. 15. n. 7. & lib. 3. t. 14. n. 6. & lib. 6. t. 13. Alvarad. d. lib. 4. c. 4. n. 9 & ſeqq.*

## III. Disponens in dubio voluntatem suam juri conformasse præsumitur.

*arg. l. si duo. 38. & ibi Doct. ff. de adquir. vel amitt. hared. l. quidem. 132. ff. de V. O. Alciat. lib. 1. de V. S. n. 24. & seqq.* Ubi tamen primò & ante omnia ad jus naturale, sive æquum & bonum, & rationem naturalem respiciendum est, ut ex æquo & bono, vel secundum naturalem rationem facienda sit interpretatio, *arg. l. in his. 16. ff. de condit. & demonstr. l. scire. 13. §. fin. 7. ff. de excus. tut. l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat.* Quodcunq; enim naturaliter evenire potuit, id disponentem cogitasse præsumendum est. Unde si populo vel collegio quis concesserit, ligna ex nemore aliquo sumere, aucto vel deminuto civium numero, & onus vel auctum vel deminutum esse intelligendum est; cum utiq; disponens hoc naturaliter evenire posse & solere, ignorare non potuerit, per ea quæ habet *Nicol. Boer. Dec. 213. n. 12. & ex eo Alvarad. d. lib. 4. c. 2. n. 52.* Similiter si fortè fundus vel domus legetur, cum onere centum solvendi, ad certas missas annuatim celebrandas pro anima defuncti: & postea mutato tempore non sufficiat, numerus missarum minui poterit, ut docet *Alvarad. c. 2. n. 53. & lib. 2. c. 1. §. 1.* Deindè statuta & cõsuetudines locorum, in quibus facta est dispositio attendi debent, quibus in dubio conformasse se disponentem verisimile est, *arg. l. Si de interpretatione. 37. ff. de legib.* V. gr. quidam decedens eo in loco, quo statutum vigebat, ut existentibus masculis, fœminæ excluderentur, fidei commissum fœminæ reliquit, si uterq; heredum sine liberis decesserit, mortuo priore relictis masculis, licet alter sine liberis decesserit, fideicommisso tamen locus non est: cum statuti verba quamdiu masculi extant, fœminas ad successionem non admittant. *Bart. in l. heredes. 57. §. cum ita. 1. ff. ad SCt. Trebell. & ex eo Alciat. d. lib. 1. de V. S. n. 25.* Sic quoq; si in eodem loco ubi tale viget statutum, filios suos heredes instituerit, filiæ non comprehenduntur. Quamvis enim aliàs filiorum appellatione etiam filiæ contineantur. *l. si ita. 45. ff. de legat. 2. l. filii. 84. l. Servius. 122. ff. de V. S.* tamen id hoc loco admittendum non est, propter statuti verba, quæ

fœminas extantibus masculis à successione excludunt. *Bald. in l. tres fratres 35. ff. de pact.* Eadem ratione, si quis duobus filiis institutis fidei eorum commiserit, ut uter eorum sine liberis decederet, superstiti restitueret, eum qui filia relicta decesserat, vigore dicti statuti ad restituendum teneri dicendum est. *Felin in c. jus naturale dist. 1.* Idq; probat etiam *Alciat. d. l. 1. n. 25.* Deniq; ad jus commune recurrendum, & dispositio ita interpretanda est, ut disponens quam minimum à jure communi recessisse intelligatur, *arg. l. un. §. ubi. 11. inf. C. de caduc. toll. Vasq. de success. resol. lib. 3. in l. si quando. C. de inoff. test. n. 1. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 6. t. 6. n. 16.* V. gr. Si quis rogatus fuerit, ut si sine liberis decesserit, hereditatem restituat, & is postea filio naturali tantùm relicto decesserit, condicio defecisse videtur, *l. ex facto. 7. §. si quis. 4. ff. ad SCt. Trebell.* cum jure communi liberi naturales ad successionem regulariter non admittantur. *N. 99. c. 12. inf. Auth. licet. C. de natur. libel.* nisi fortè dignitas voluntas, & condicio ejus, qui fidei commisit, contrarium suadeat. *d. l. 17. §. 4. inf. Adde Mantic. d. tr. lib. 6. t. 6. n. 21.* Item, si quis fratres ad successionem vocaverit, in dubio fratres utrinq; conjunctos consanguineis & uterinis prætulisse, adeoq; juri communi voluntatem suam conformasse disponens præsumitur: cum in successione ab intestato germanos, reliquos fratres ab uno tantùm latere conjunctos excludere expeditum sit. *N. 118. c. 3. Dec. cons. 153. n. 4. & alii allegati à Mantic. d. tr. lib. 8. t. 13. n. 2.* Nec obstat quod fratrum appellatio generalis sit, & omnes etiam consanguineos & uterinos propriè comprehendat, *post. Quin. Mantic. d. l. fin.* Respond. enim generalitatem istam ex juris communis dispositione ad fratres utrinq; conjunctos restringendam videri, præcipuè cum & major affectio erga hos, quam reliquos unô tantùm latere conjunctos, esse intelligatur. *Adde Alvarad. t. tr. lib. 3. c. 1. n. 30. & Forst. de success. lib. 8. c. ult.* Sic quoq; si quis fratrem & alterius fratris liberos generali nomine appellativo heredes instituerit, nepotes illi ex fratre in stirpes secundum Juris Communis sanctionem admittuntur. *arg. d. N. 118. c. 3.* quamvis si nominatim eos ad hereditatem vocasset, in capita admittendi essent, ut docet *Matth. de Afflict. Dec. 309. & ibid. Cæsar. Ursill. in not.* Jus autem commune hic

hic accipimus Jus Civile, quod in materia successionum ab intestato in utroq; foro regulariter receptum est. *arg. c. ad sedem. 2. causâ. 35. q. 5. Paul. de Castro Conf. 37. n. 9. inter Conf. Fulgos. posthum.* Quod si tamen interdum dispositio de materia aliqua, in qua jus Canonicum in usu est, facta fuerit, interpretatio secundum illud jus facienda: & si pugna forte inter Jus Civile & Canon. incideret, quodlibet in suo foro servandum erit, *arg. c. clerici. 8. extr. de judic. & c. 1. extr. de nov. oper. nunc. Schneid. ad pr. Inst. de interdict. n. 20.* Adde *Dn. Conr. Rittersh. in praef. ad diff. jur. Civil. & Canon.* Illud hic notandum, regulam nostram propositam, in dubio tantùm, ut dictum, & ita demum si nulla alia voluntatis defuncti conjectura haberi possit, procedere. Nam si aliunde, forte ex verbis, vel conjecturis de voluntate defuncti constet, ea etiam contra juris communis & successionis ab intestato ordinem omninò servanda est. V. gr. Si quis fratrem & ejus filios vocaverit, simul succedunt, propter voculam (&) ex qua conjunctim vocare voluisse haud obscurè colligitur: quamvis jure communi fratrem liberos suos excludere certum sit, *d. N. 118. c. 3. Alciat. d. lib. 1. de V. S. n. 26. Mant. d. t. 6. n. 25.* Item si avus nepotes suos ad hereditatem vocaverit, ex aequis portionibus, in capita quoq; vocati intelliguntur, *l. quoties. 9. §. heredes. 2. ff. de hered. instit. § si parentes. 6. Inst. eod. t,* cum ab intestato, etsi soli fuerint, avo non in capita, sed stirpes eos succedere constet. *§. cum filius. 6. inf. & §. ult. inf. Inst. de hereditatibus, quae ab intestat. defer. Dec. consf. 412. n. 1. & 2. Mant. d. t. 6. n. 26.* Accedit quod aliàs quoq; dispositio, si forte testator idem cum jure communi statuat, ita intelligenda sit, ut aliquid operetur, *arg. l. fidejussor. 16. §. ult. ff. de fidejuss. Alvarad. d. lib. 4. c. 2. n. 10.* Nec resistit quod supra dictum, fratre & alterius fratris liberis institutis, liberos istos sive nepotes secundum juris communis sanctionem in stirpes succedere. Nam id propterea fit, quoniã testator liberos illos fratris cõjunctim nomine appellativo vocãdo, pro una persona habuisse, adeòq; juri cõmuni se conformare voluisse videatur, ut monet *Matth. de Afflict. d. loco.* Quae ratio cum in avo nepotes ex diversis filiis vocante cesset, mirum non est, si & ipsam dispositionem cessare dicamus. Facit quod & dispositio testantis satis operetur, dum liberi fratris ex te-

stamen-

ſtamento admittuntur, qui aliàs præteriri vel omitti poterant: At alia ratio eſt in avo, qui cum nepotes omninò inſtituere neceſſe habuerit, §. *ſed hac.* 5. *Inſt. de exher. liber.* ejus diſpoſitionem meritò ita interpretamur, ut præter jus commune ſucceſſionem æqualem, ſive in capita operetur, *arg. d. l.* 9. §. 12. *ff. de heredib. inſtitue.* Sed quid ſi in loco teſtamenti conditi ſtatutum vigeat, ut nepotes etiam ſoli avo non in ſtirpes ſed in capita ſuccedant? Cujusmodi ſtatutũ extat *in Reform. Noric. t.* 14. *l.* 4. §. Wann aber *&c.* Et adhuc nepotes ab avo inſtituti in capita vocati videntur: non quidem vigore ſtatuti allegati, quod in caſu ſucceſſionis ab inteſtato loquens, fortaſſis ad teſtatoriam ſucceſſionem porrigendum non eſt; ſed propter regulam juris communis, quâ plures ſimpliciter inſtituti, æqualiter heredes eſſe jubentur. *d. l.* 9. §. 12. *& d.* §. 6. *Inſt. de heredib. inſtit.* Præterea ſi quis teſtamento filiam unicam heredem inſtituerit, eiq; ſi ſine liberis deceſſerit, proximos ex latere & linea paterna ſubſtituerit; mortua autem filia ex linea paterna duo extent, quorum unus quarto gradu cognationis, alter ſeptimo agnationis gradu defuncto conjunctus ſit. Siquidem ratio ſucceſſionis ab inteſtato, & verba diſponentis ſimpliciter attendenda, dicendum omnino, eum qui quarto gradu eſt, tanquam proximum ex linea paterna admittendum eſſe: verùm cum veroſimile ſit, teſtatorem ad familiæ conſervationem reſpexiſſe, voluntatem hanc defuncti tam juris communis, quàm verbis diſponentis præponimus, & remotiorem agnatum, per quem familiam defuncti conſervari conſtat, propinquiori cognato præferendum exiſtimamus, cum *Paul. de Caſtr. d. conſ.* 39. *& Fulgoſ. conſ. poſth. ult.*

## IV. In Ultimis voluntatibus æquè ac aliis diſpoſitionibus clauſula illa, rebus ſic ſtantibus, tacitè ſubintelligenda eſt.

*arg. l.* 3. §. *ult. ff. de adim. vel transf. legat. l. ſi inimicitiæ.* 9. *ff. de his quib. ut indign. Menoch. de præſumt. reg.* 26. *præſumt.* 16. *n.* 5. *Man-*

*tic. d. tr. lib. 3. t. 3. n. fin. l. quod Servius. 8. ff. de condic. caus. dat. l. quæro. 54. §. pen. ff. locat. Tiraquell. ad l si unqnam. 8. C. de revoc. donat. in præfat. n. 66. & 67.* V. gr. Si Pater tutorem vel curatorem liberis non jure dederit, & post obitum ejus vel facultatibus lapsus tutor, vel insignis detecta fuerit improbitas, Prætor in confirmando eo, quasi mutato rei statu, non scripturam testamenti vel codicillorum, sed utilitatem pupillorum sequitur. *l. in confirmando. 8. & seqq. ff. de confirm. tutor.* Eodem modo si post legatum vel fideicomm. relictum capitales vel gravissimæ inimicitiæ intercesserint, tanquam rebus jam aliter se habentibus, ita defuncti voluntatem interpretamur, ut legatum vel fideicom. tacitè ademtum intelligatur; *d. l. 3. §. ult. ff. de adim. vel transf. legat. d. l. 9. ff. de his quibus ut indign.* Huc quoq; pertinet quæstio, si quis fideicommissum familiæ suæ reliquerit, an admittendus etiam is, qui monasterium intravit? Et non desunt è nostris, qui affirmativam tueri conantur, tum per textum in *can. statutum. causa. 18. q. 1* tum quoniam & monasterium ingressi agnationem & jus succedendi tam ex testamento, quàm ab intestato retinent, *l. Deo nobis. 56. §. 1. ibiq. Gloss. C. de Episc. & Cleric. Cravett. cons. 152. n. 2. & alii allegati à Mantic. d. tr. lib. 8. t. 12. n. 2.* Ipse distinguit, utrum fideicommissum agnatis simpliciter relictum, an verò conservandæ familiæ causa, ut bona in familia maneant, & priori quidem casu, eum qui monasterium ingressus est non excludi, sed posteriori tantùm existimat, ut apud ipsum videri potest: ubi & *Cravett. d. cons. 152. n. 2. & Decium. cons. 259. n. 2.* secundum istam distinctionem accipit. Verùm quicquid sit, nisi alia appareat disponentis voluntas, tentari fortassis posset, indistinctè eum, qui monasterium ingressus est, à fideicomm. agnatis vel familiæ relicto excludendum esse; cum agnati in dubio semper conservandæ familiæ causa ad fideicommissa vocari videantur. Nec obstat *textus in d. c. statutum. causa. 18. q. 1.* Respondetur enim, eum de simplici successionis jure loqui, cujus & monachos capaces esse, non negamus, sed aliam rationem esse fideicomm. familiæ relicti, quod tanquam mutato statu, ut per hunc licet agnatum, familia conservari amplius non possit, salvâ defuncti voluntate, ipsi deferri haud potest. Ex quo simul & alteram rationem corruere necesse

cesse est; quippe agnationis quidem & successionis jus per ingressum monasterii non amittunt, *juxta d. l. 56. §. 1. C. de Episc.* ad familiam tamen conservandam inhabiles reddi plusquam manifestum est. *Adde Mantic. d. 1. 8. n. 26. & seqq.* Procedit autem hæc Reg. nostra (1) non in ultimis voluntatibus tantùm sed etiam in conventionibus & promissionibus, aliisq; dispositionibus, *d. l. 8. ff. de condict. caus. dat. l. si non fuerit. 29. pr. ff. pro Socio. d. l. 54. §. pen. ff. Loc.* Unde eleganter *Senec. lib. 4. de benefic. c. 35.* Tunc fidem fallam, tunc inconstantiæ crimen audiam, si cum omnia eadem sint, quæ erant, promittente me, non præstitero promissum: alioquin quicquid mutatur, libertatem facti, de integro consulendi, & meam fidem liberat. Et eodem *lib. c. 39.* Destituere levitas non erit, si aliquid intervenit novi. Quid miraris, cum mutata condicio promittentis sit, mutatum esse consilium? Eadem mihi omnia præsta, & idem sum. Deinde locum habet non tantùm in privatorum cōventionibus, & stipulationibus, *l. cum quis. 38. pr. ff. de solut* sed publicis etiam pactis & confœderationibus, quæ & ipsæ semper cum clausula hac, rebus sic stantibus, intelligendæ sunt. Unde si quis fœderato auxilium promiserit, tanta autem ingruat vis, ut res suas vix tueri valeat, ad præstandum auxilium obligatus non est: nunquam enim auxilium alteri præstandum ita intelligi debet, ut se ipsum spoliare necesse habeat, cum ordinata charitas semper à se ipsa incipiat. *Alber. Gentil. 1. de jur. bell. 14. circa fin.* Deniq; etiam juramento adjecto adhuc clausula illa subintelligenda est: quoniam in omni juramento tacita inest condicio, si res in eodem statu permanserit, *arg. c. cum inter 2. extra de renunciatione. & c. clericus. 35. extr. de jurejur. & utrobiq; Gloss. Boër. Dec. 204. n. 21. Guid. Pap. q. 26. n. 2. Cravett. cons. 42. n. 1.*

Limitatur Reg. proposita (1) si natura actus & negotii hanc clausulam ferat, *arg. d. l. 3. ff. de condic. caus. dat. & d. l. 54. §. pen. ff. Locat. Alciat. 8. cons. 39. n. 12.* Ita *Dd. vulgo* donationi simplici clausulam quoq; istam inesse volunt, *arg. l. 10. C. de revoc. donat. ibiq; Tiraq.* Verum natura absolutæ & puræ hujus donationis, & res inter donantem & donatarium acta, eam ferre non videtur, ut *supra hoc ipso cap. in fin. ult. fol. Reg. 2.* attigimus. Sic quoq; si quis filium

lium heredem instituerit, eundemq; fidei commisso gravaverit, ne bona alienaret, sed in familia relinqueret; is verò postea filio uno herede instituto, altero ob impias sibi illatas manus tanquam ingrato exheredidato, decesserit, ingratum hunc à fideicommisso, ex nova emergente causa, & rebus aliter se habentibus repellendum esse post *Bononiens. JCt. contendit Joh. Crotus in l. filiusfam. 114. ff. de legat. 1. relatus à Mantic. d. lib. 3. t. 6. n. 20.* Sed verò, ut hæc interpretatio fideicommisso & avi defuncti voluntati satis conveniat: qui eo ipso, dum bona ista in familia sua conservari voluit, ad descendentes utiq; sive nepotes suos potius, quam extraneos ea pervenire voluit, *d. l. 114. §. cum pater. 15. & §. seq. de leg. 1.* quem textum ad controversiæ hujus decisionem rectè adducit, *Mantic. lib. 8. t. 12. n. 24.* Deinde fallit Reg. nostra, si casus superveniens provideri, vel disponens de eo cogitare potuit. *Alciat. d. lib. 8. cons. 35. n. 3.* V. gr. Quidam periculoso & turbato reipubl. statu decedens liberos suos tres heredes instituit, hac condicione, ut duo omnia bona immobilia totamq; negociationem certa æstimatione retinerent, tertius verò pro sua tertia parte pecunia numerata secundum dictam æstimationem contentus esset: Quamvis post obitum testatoris injuriâ temporum bonorum æstimatio decreverit, tamen tertio integra pecunia præstanda est, non obstante clausula ista rebus sic stantibus quoniam immutationem hanc jam tempore testamenti conditi, prævidere testator potuit, *arg. l. qui jure. 7. ff. de test. milit. & eorum quæ habet Alciat. d. cons. 35. n. 3.* Similiter si vasallus cum consensu domini feudum creditoribus suis oppignoraverit, & postea sine descendentibus decesserit, feudo domino aperto, is creditoribus satis facere omninò tenetur. Quamvis enim dominus consensum præstiterit eo tempore, quò vasallus vivebat, neq; adhuc feudum ad dominum ipsum reversum erat, tamen quoniam de casu hoc supervenìente cogitare dominus poterat, imò debuerat, clausula, ista rebus sic stantibus, frustrà allegatur, & dominus ea non obstante solvere creditoribus necesse habet, *arg. c. Si clientulus. §. si vero cum domini. de alien. feud. 1. F. 13. Hartm. Pistor. lib. 2. part. post. q. 48. n. 23. Fachin. 7. contr. 56.* Deniq; limitatur *d. Reg.* ut tùm quoq; subaudiatur clausula ista, si lex errorem præsumat, *arg. l. fin. §. idem. quæsiit*

*quæst. 3. ff de condict. indeb. Alciat. d. lib. 8. conf. 39. n. 12.* Quæ tamen limitatio à præcedente differre non videtur: quippe cum lex erro em præsumit, disponentem de superveniente casu cogitasse verisimile non est.

Ad effectum Ultimarum voluntatum pertinere videtur etiam Jus accrescendi, quod & ipsum à disponente per conjunctionem in quavis voluntate inducitur.

Quamvis enim & extra casum ultimarum voluntatum, inter succedentes ab intestato legalis quædam sit conjunctio, & conseq. etiam jus accrescendi, ut docet *Joh. Suev. lib. 1. de jur. accresc. c. 4. circa fin. & ex eo Hillig. ad Don. 7. comm. 13. lit. B.* tamen in iis, quæ testamento aliisq; voluntatibus ultimis relinquuntur sine disponentis voluntate (utpote in cujus arbitrio est heredes conjunctim instituere, vel legata quibusdam conjunctim relinquere) jus accrescendi non inducitur. Quæ materia cum diffusior sit, quam ut hoc capite adjici possit, seq. c. separatim de eâ tractabimus.

## *CAPUT V.*

### *DE*

## JURE ACCRESCENDI.

Est autem jus accrescendi, jus quo hereditatis vel alterius rei mortis causa relictæ pars deficiens parti occupatæ accedit.

Doctrina Juris accrescendi unum est ex difficillimis & subtilissimis juris nostri capitibus, ut monet *Vult. ad §. fin. Inst. de donat. n. 1.* Nec ulla in toto jure spinosior aut magis perplexa disputatio, quàm hæc ipsa de jure accresc. ut notat. *Hottom. Ill. q. 44.* Accrescendi autem vocabulnm ab alluvione tractum est, unde jus accrescendi cum alluvione confertur *in l. si Titio. 33. in fin. ff. de usufr. &c.* Et usurpatur vel generaliter de quacunq; accessione: sic *Justin.* ait, tertiam sibi mundi partem accrevisse *in l. 2. §. pen. C. de vet. jur. enucl. & JCti in l. ergo. 30. & l. insula. 56. ff. de acquir. rerum dominio.* paulatim aliquid prædio nostro accrescere scribunt. Hinc *Salust. in Ciceron.* redde, inquit, rationem, quantum patrimonii acceperis, quid tibi litibus accreverit. &c. vel Specialiter pro ea accessione, qua pars hereditatis, vel legati, quæ deficit, coheredi vel collegatario accedit & adjungitur, *l. 1. & tot. t. ff. de usufr. accresc. l. un. §. his itaq;. 10. C. de caduc. toll.* Dicitur etiam jus conjunctionis *in l. si sub conditione. 16. in f. ff. quibus mod. usufr. amitt.* & quasi quædam substitutio *in l. si Titio. 61. in f. ff. de legat. 2. Clariss. Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. C. de caduc. toll. c. 10.* Fit quidem in jure nostro & alterius juris accrescendi mentio, ut *1. in d. §. ult. Inst. de donat.* ubi si unus dominorum servum communem manumiserit, servus libertatem non consequitur, sed portio domini manumittentis alteri dominorum accrescit. Deinde *in pr. Inst. de exhered. liber.* ubi filio in potestate existente, vel etiam extraneo herede instituto, & filia vel nepotibus ex filio præteritis, testamentum quidem valet, sed personæ præteritæ scriptis heredib. accrescunt, ita ut cum suis heredibus in partem virilem, cum extraneis in dimidiam admittantur. *Ulp. in fragm. t. 22. §. 14. Caj. lib. 2. Inst. t. 3. §. 1. Paul. 3. sent. t. 4. §. 27.* Verùm utrumq; à nostro accrescendi jure diversum esse, res ipsa facile ostendit, & certis de causis à Justin. sublatum est, *in l. 1. §. ult. C. de commun. serv. manumiss. d. §. ult. de donat. l. ult. C. de lib. præterit. §. sed hæc. 5. Inst. d. t. de exhered. liber.* Rem ipsam quod attinet, definitur Jus accrescendi jus, quod genus ex ipso definito repetendum est, *arg. pr. Inst. de J. N. G. & C.* in quo Speciei locum obtinere expeditum: quemadmodum & alias novum non est, ut una eademq; vox & generis & Speciei locum obti-

obtineat, ut evenit in adoptione, cognatione, & similibus, *Johan. Suev. lib. 1. de.jur.accr.c. 4. in f.* Addit. *Mantic.* vocabulum conjunctionis *ex d. l. 16. in f. ff. quib. mod. usufr. amitt. de conject. ult. vol. lib. 10. t. 3. n. 14.* Quæ additio licet aliàs tolerari posset, & vitiosa non sit, hoc loco tamen fortassis supervacua videri potest, cum jus accrescendi, & jus conjunctionis Synonyma sint, per *d. l. 16. quib. mod. usufr. amitt.* genus autem & definitum Synonyma esse non posse, ex Logicorum scriptis notum sit. Alii per modum acquirendi definire malunt, *Treutl. vol. 2. D. 13. th. 3. lit. A.* Sed ipsa potius accretio, quam jus accrescendi modus adquirendi est, quemadmodum aditio hereditatis, non hereditas acquirendi modus est, *§. ult. Inst. per quas personas cuiq; acquir.* nec satis commodè jus definitur modus, quo jus acquirimus, cum jus illud, ex ipsa conjunctione & lege sit, ut rectè monet *Bach. ad d. th. 3. lit. A. Adde Suev. d. lib. 1. c. 4. in f. & Hillig. ad Don. 7. comm. 12. lit. A.* Differentia desumitur ab objecto, forma, & fine. Objectum est hereditatis, vel alterius rei in ultima voluntate relictæ portio: in ultimis enim voluntatibus tantùm, non in contractibus aliisq; actibus inter vivos jus accrescendi locum habet, ut infra dicimus. Forma est, ut portio illa re verà defecerit, nec alteri prius acquisita fuerit: deinde ut portioni, non personæ naturaliter accedat, *arg. d. l. 33. ff. de usufr.* Qua de re infra quoq; agendum erit. Finis est ipsa portionis deficientis vel vacantis accessio, sivè ut totum quod relictum est, ad collegatarium pertineat. *§. si eadem. 8. Inst. de legat. d. l. un. §. 10. C. de caduc. toll. Add. Suev. d. c. 4.* ad conservandam hereditatem & voluntatem defuncti individuam. Quæ verba cum finem immediatũ non contineant, imò ad causam impulsivam potius pertineant, in definitione tutò omitti posse videntur. Aliter definit jus accrescendi *Cujac.* videlicet jus retinendæ vel nanciscendæ partis ejus, quæ non concurrit, vel concurrere desiit. *in tr. ff. de usufr. accresc. & tr. 5. ad Affric. in l. qui usumfr. 36. §. ult. ff de usufr.* Verùm ille distinctionem inter jus adcrescendi, & non decrescendi præsupponit: & iis verbis, qui concurrere desiit, ad usumfr. respicit, ut ipse fatetur, *d. tr. 5. ad Affric.* Quod neutrum fortassis in definitione rectè se habet: cum & distinctio ista inter jus adcrescendi & non adcre-
scendi

ſcendi ſatis expedita non ſit, ut mox oſtendemus: & id quod ex accidente & Speciale in uſufr. eſt, *l. 1. §. 3. ff. d. t. de uſufr. accreſc.* definitioni inſerendum non videatur. *Adde Bach. ad d. th. 3. lit. A. in f.* qui ita ſimplicius definiri poſſe putat, quod ſit jus nanciſcendi vel adquirendi portionem quæ defecit. Sed & hæc tum propter objectum omiſſum, tum propter finem nimis generalem, generalior & latior definito videri poteſt: Aliam definitionem habet. *Coraſ. ad l. teſtamento. 6. C. de impub. & al. ſubſtitut. n. 1.*

**Dividitur in jus non decreſcendi & jus adcreſcendi in ſpecie dictum: quorum illud in re tantùm conjunctis, hoc in mixtis & verbis conjunctis locum habere volunt.**

*Vasq. de ſucceſſ. lib. 1. §. 3. n. 90. & 91. Tholoſ. & lib. 46. Syntagm. jur. univerſ. c. 11. n. 2. Govean. lib. ſing. de jur. accreſc. n. 10. Cujac. d. tr. 5. ad Affric. Ant. Fab. Dec. 49. err. 1. Vult. ad d. §. fin. Inſt. de donat. & Dd. magis comm.* ut agnoſcit etiam *Duar. lib. 1. de jur. accreſc. c. 11.* Rationes illorum ſunt, (1) ex *d. l. un. §. ubi autem. 11. verſ. ſin verò nemo. C. de caduc. toll.* ubi expreſsè Imp. in re tantum conjunctis nihil accreſcere, ſed rem ſolidam, nullius concurſu deminutam apud alterum remanere ſtatuit. Quibus verbis utique nihil aliud innuere, quàm jus non decreſcendi in iis locum habere, innuere voluit. (2) Quia re conjuncti ab initio & ex propria perſonâ ſolidum habent, *d. l. un. §. 11. ſui verò non omnes.* Quando autem actus à principio attribuitur in ſolidum pluribus, tunc uno deficiente, non jus accreſcendi, ſed non decreſcendi dicitur. *Curt. Jun. de feud. part. 2. de feud. n. 78. & Curt. Sen.* ait, in his quæ conceduntur pluribus in ſolidum, & quæ ſunt individua naturaliter, uno deficiente, ſemper alter ſuccedit per jus non decreſcendi, *arg. l. proprium. 5. ff. comm. prædiorum. conſ. 49. n. 51.* quos refert & ſequitur *Regn. Sixtin. vol. 2. Conſ. Marpurg. 15. n. 22.* (3) Quoniam re conjuncti neq; ab ipſo teſtatore per conjunctionem, neq; per concurſum partes habent, adeoq;

adeoq; nec jus accrescendi; quod in partibus occupatum est, obtinere inter eos ullo modo potest. *arg. l. 3. ff. de usufr. accresc.* & *l. conjunctim. 80. ff. de legat. 3.* Aut enim concursum est, aut non concursum: Si concursum est, pars occupata accrescere amplius non potest, *arg. l. un. C. quando non petent. part. petentib. accresc.* Si non est concursum, jam etiam nullæ factæ sunt partes; quoniam in conjunctione reali partes nō nisi concursu fiunt, *l. re conjuncti. 29. ff. de legat. 3. Vult. ad d. §. ult. Inst. de donat. n. 9.* Alii jus non decrescendi etiam ad re & verbis conjunctos referunt, q. & illi solidum ab initio, non partes habeant, *arg. d. l. 89. ff. de legat. 3. Mynf. ad d. §. 8. Inst. de legat. n. 18. Hunn. 2. var. resol. tr. 8. q. 9.* Verùm neutra opinio juri nostro satis convenire videtur, sed JCtis nostris jus non decrescendi in hâc significatione planè fuit incognitum: quippe qui indistinctè etiam in reali conjunctione jus accrescendi admiserunt, *l. 1. §. 3. ff. de usufr. accresc. l. hac scriptura. 26. §. 1. ff. de condic. & demonstr.* ut fatetur *Duar. d. lib. 1. de jur. accresc. c. 11. & Mynf. d. n. 18.* Imo non potest jus non decrescendi illa ratione dici, nisi rem legatam jam ante in solidum acquisitam pōnamus, ut rectè *Bach. ad Treutl. d. th. 3. lit. A.* Non obstant quæ suprà in contrarium allata sunt, quoniam ad (1) responderi potest, *Impr.* jus accrescendi in disjunctis, sive re tantùm conjunctis non simpliciter negare, sed secundum quid, quod non eodem modô, quo in reliquis locum habeat: nempe ita non accrescat pars vacans, ut legatarius qui solus venit, ex beneficio simul collegatarii eam consequatur, sed ut ex propria persona habeat: quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, *d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll. Suev. d. lib. 1. c. ult.* ubi & illud notandum, innovationem juris veteris Imperat. causam ita loquendi præbuisse. Nam cum olim in legato damnationis conjuncti simpliciter partes acciperent, ex disjunctis autem sive re tantum conjunctis, alter rem ipsam, alter æstimationem haberet, exæquatis hodie legatis, *l. 1. C. comm. de legat.* etiam in legato damnationis jus accrescendi erit, juxta sententiam & distinctionem *Justin. in d. l. un. §. 10. & 11. C. de caduc. toll. Bach. ad d. th. 3. lit. G.* Ad (2) respondendum est, & hoc non simpliciter, sed secundum quid accipiendum esse videlicet, ut ab initio

nitio & ex propriâ personâ solidum habeant re conjuncti, relatione habita ad externam loquendi formulam, quâ testator disjunctis primâ facie, ut Imper. loquitur, solidum assignare videtur, conjunctis verò partes vel expressè vel tacitè adscribere: quod si verò rem ipsam intueamur, omnium conjunctorum penè par erit condicio, ita ut in eventum alterius deficientis, omnes solidum, in eventum autem utriusq; concurrentis, partes ex testatoris voluntate habuisse intelligatur, *arg. d. l. 3. ff. de usufr. accr. & d. l. 80. ff. de legat. 3.* quam ad omnes conjunctos pertinere rectè monet, *Donell. in ep. quadam ad Alb. Gent.* Adde *Suev. d. lib. 1. c. ult.* Ex quibus facilis quoq; est responsio ad (3.) fundamentum, videlicet & re tantum conjunctos saltem ex tacitâ dispo nentis voluntate partes concursu habere, non quidem ut pars occupata accrescere adhuc possit; sed ut utroq; concurrente scindatur inter eos legatum, altero verò deficiente totum ad collegatarium pertineat. *d. §. 8. Inst. de legat.* Est enim concursus vel facti, vel juris, quorum ille se effectu & actu ipso exerit, agnito legato, & institutâ actione, hic ex ipsa conjunctione statim à morte testatoris existit; post illum juri accrescendi locus amplius non est; hic jus adcrescendi omninò admittit: quippe toties jus accrescendi est, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res divisa est, *d. l. 3. ff. de usufr. accresc. Bach. ad d. th. 3. lit. A. in f.* Adde *Colleg. Argent. ad lib. 30. 31. & 32. ff. th. 37.* Hinc est quod unus ex disjunctis, sive re tantùm conjunctis, interim dum alter nondum defecit, non solidum, sed partem tantùm petere possit, *l. si pluribus. 33. & l. seq. § sed si 10. ff. de legat. 1. Ant. Fab. decad. 49. err. 9.* qui tamen sub fin. in eo errat, quod menti *Just. in d. l. un.* §. *11.* hoc contrarium esse existimat. Nam quod rem primo acquirenti solidam tribuit Imp. *versic. sin verò non omnes &c.* id non ad effectum agendi, sed eò potius respicit, ut onus sibi injunctum adquirens implere debeat, deficientis verò personæ impositum agnoscere non habeat, ut *ex. d. §. 11.* haud obscurè colligitur. Ad opinionem verò *Mynf. & Hunn.* quod attinet, ea admisso etiam jure non decrescendi satis ex ipso textu *d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll.* refellitur, utpote in quo apertè *Justin.* discrimen inter conjunctos & disjunctos constituit.

Deinde jus accreſcendi vel reale eſt, vel perſonale. Illud in proprietate, hoc in uſufr. obtinet.

*d.l.33.§.1.ff. de uſufr.l.interdum 10.ff. de uſufr.accreſc.l.& an eadem.14.ff.de except.rei judic. Govean. d.lib.ſing.de jur.accreſ.n.2.& Dd.comm.* Verum hæc diviſio præſupponit in uſufr. portionem non portioni, ſed perſonæ tantùm accreſcere. Quod tanquam ſpeciale & in caſu excepto ſolum obtinens, ſeparatam hujus juris ſpeciem conſtituere poſſe non videtur; ſed potius dicendum jus accreſcendi ſimplex eſſe, & neq; ſpecies, neq; membra habere, in quæ dividetur, cum *Snev. d.lib.1.de jur.accreſc.c.fin.*

Cauſa juris accreſcendi remota eſt jus civile, & forte lex aliqua: propinqua voluntas defuncti hæredes vel legatarios conjunctim ad ſucceſſionem vocantis.

Jus accreſcendi ex Jure Civili eſſe inter omnes ferè conſtat: cùm ſubtilitas ejus jurigentium ejusq; ſimplicitati convenire non videatur. Unde in militis teſtamento jus accreſcendi locum non habere, ſed portionem deficientem ad ſucceſſores ab inteſtato venientes pertinere verius eſt, *l.ſi miles.6.l.quærebatur.19.l.ſi duobus.37.ff.de teſt.milit.l.1.C.eod.t.Vasq.de ſucceſſion.progreſſ.lib.3.in præf.n.2.& 3.& Dd.comm.* Nec obſtat.*l.3.C.eod.t.* ubi centurio filiam ex duabus unciis, mulierē ex uncia heredes inſtituit, & reliquæ quaſi unciæ non ad heredes ab inteſtato pertinent, ſed ſcriptis heredibus pro rata accreſcunt. *Vigl.Zuich.ad §.hereditas.5.n.5.Inſtit.de heredib.inſtit.* Reſpondetur enim non quidem diſtinguendo inter inſtitutionem in parte puta ſemiſſe vel triente, & inſtitutionem ex re certa factam cum *Giph.ad d.l.3.C.de teſt.milit.*

 quo-

quoniam hæc distinctio *d. l. 6. l. 19. & l. 37. ff. eod. t.* satis convenire non videtur: in quibus textibus institutio in fundo & institutio in parte eodem jure censetur. *Theoph. & Vigl. ad d. §. 5. de hered. instit.* Sed potius ibi portiones omissas ad heredes scriptos non jure accrescendi pertinere, cum nulla sit deficiens portio, quàm ad jus accrescendi necessariam esse supra diximus: sed ex ipsius testatoris expressa dispositione, qui dum filiam ex duabus unciis, mulierem ex uncia instituit, totam hereditatem in tres partes dividere, & statim ab initio filiam ex duabus partibus, mulierem ex tertia instituere voluisse creditur, ut ipse *Imp. in d. l. 3.* satis clarè innuit. Verùm ex quânam juris parte jus accrescendi descendat, ita expeditum nó est. Quidam enim ex ll. 12. tabb. esse existimant, *arg. l. 5. in f. ff. de vulg. & pupillar. subst.* quorum mentionem facit *Suev. d. lib. 1. c. 3. & Duar. lib. 1. de jur. accresc. c. 1.* Adde *Coras. ad l. testamento. 6. C. de impub. & al. subst. n. 1.* Sed hæc sententia authoritate veterum caret, ut monet *Duar. d. loco.* Ipse igitur ad L. Jul. & Papiam refert. *arg. d. l. 5. in f.* quæ desumta est ex *Caj. lib. 3. ad Leg. Jul. & Pap.* Sed argumenta ista ab inscriptionibus legum desumta satis firma non sunt; & per *Legem Jul. & Pap.* jus accrescendi imminutum potius, ac pene sublatum patet *ex d. l. un. C. de caduc. toll.* Unde & ipse *Duar.* hoc jus etiam ante *Leg. Jul. & Pap.* in usu fuisse negare non potest. Alii igitur nullâ certâ lege inductum sed mediâ Jurisprudentiâ cæpisse putant, *Suev. d. c. 3.* A quâ opinione non alienus etiam videtur *Ant. Fab. d. D. 49. err. 1.* qui ab initio ejus temporis, quo leges 12. tabb. in usu esse cæperunt, justa interpretatione coangustatam fuisse nimiam illam & effrænatam testandi licentiam (ut ipse loquitur) authoritate sive prudentum, sive Magistratuum Jura in civitate constituentium existimat. Quæ opinio vix consistere potest cum *d. l. 5. in f. ff. de vulg. & pup. subst.* quæ legis alicujus expressam mentionem facit. Dicendum igitur fortassis antiqua aliqua lege hoc jus omninò inductum fuisse, per *d. l. 5. in f.* quamvis quænam illa sit, jam non constet: quo inclinat *Hillig. ad Don. lib. 7. comm. 12. lit. B.* Et in successione quidem ab intestato sola lex, ut hereditatem defert, *l. 6. §. 2. l. is qui. 13. l. nec is. 17. §. 1. ff. de adquir. heredit.* ita & jus accrescendi immediatè producit, *l. 1. §. fine-*
*mo.*

*mo. 5. ff. ad SCt. Tertull. l. si ex plur. ib. 9. ff. de suis & legit. l. 3. §. ult. ff. de bon. poss.* quippe accessorium naturam principalis sui sequitur, *c. accessorium. 42. de R. J. in 6.* In successione testamentaria, quemadmodum voluntas defuncti testamento expressa immediatè hereditatem defert, *§. fin. Inst. per quas person. cuiq. acquir.* ita etiam jus accrescendi ex eadem defuncti voluntate descendere dicendum est. Non obstat, quod in successione ab intestato saltem tacita defuncti voluntas concurrat; quasi eo ipso dum alios heredes non instituit, legitimis suâ sponte hereditatem relinquere credatur, *l. 3. pr. l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de jur. Codicill. Dec. in l. un. C. quando non petent. part. petertib. accresc.* Respondetur enim, hoc eò tantum pertinere, ut defunctus eos, quibus hereditatem jure debitam non adimit, honorare videatur, adeoq; etiam fideicomm. gravare possit, *d. l. 3. & d. l. 7. §. 1. de jur. codicill. §. praeterea. 10. Inst. de fideicomm. hereditatib.* aliàs certum est, non defunctum, sed ipsam legem in proximo gradu constitutos conjunctim ad hereditatem vocare, *§. si plures. 5. Inst. de legit. agnat. success.* Sic quoq; non movet, quod in testamentaria etiam successione lege obvenire hereditas videatur, *l. lege obvenire. 130. ff. de V. S. & conseqq.* Cùm tenuis admodum & obscura sit voluntatis significatio, totum hoc jus juri meritò attribuendum sit secundum *Duar. d. lib. 1. de jur. accresc. c. 1.* quem sequitur *Treutl. d. th. 3. lit. A.* & ex parte ibidem *Bach.* qui in legatis quidem solam defuncti voluntatem, in hereditatib. autem legem adaequatam juris adcrescendi causam attribuit. Nam responsio haud difficulter colligitur ex distinctione supra positâ inter causam remotam & proximam: remotam enim causam legem sive jus Civile etiam in testamentaria successione, tam in legatis, quàm hereditatibus esse non diffitemur, *arg. l. verbis. 120. & d. l. 130. ff. de V. S.* proximam verò & immediatam in voluntate disponentis ponimus, in cujus arbitrio fuit, vel unum, vel plures ad hereditatem vel legata conjunctim revocare, per quam conjunctionem tanquam instrumentalem causam jus accrescendi induci expeditum est. Praeterea & illud hic expediendũ, quae sit ratio legis, adeoq; etiã ipsius juris accrescendi. Et *Gloss.* quidẽ in *l. servus. 67. ff. de adquir. hered.* hãc ponit, ne quis in paganis pro parte testat⁹, pro parte intestatus decedat cõ-

tra *l. jus nostrum 7. ff. de R. J.* quam *Gloss. Dd. comm.* sequuntur, ut testatur *Vasq. de success. progress. lib 3. in præfat. n. 1. & Coras. ad d. l. 6. n. 9.* Verùm ea particularis est, & neq; ad legata vel fideicomm. neq; ad hereditates ab intestato referri potest, utpote in quibus inconveniens illud & naturalis pugna inter testatum & intestatum metuenda non est. Neq; satisfacit *Decii ad d. l. un. C. quando non petent. part. petentib. adcresc. & aliorum* defensio; quasi etiam in hereditate legitima concurrat defuncti voluntas: & legata tanquam accessorium naturam principalis sequi debeant. Nam quid de priori sentiendum facilè patet ex iis, quæ supra dicta sunt, posterior verò ex eo infirmatur, quod reg. ista de principali & accessorio non procedat, quando alia est accessorii ratio, ut monet *Dec. ad l. cum principalis. 178. ff. de R. J.* vel quando accessorium accidentale est, *arg. §. si quis. 57. Inst. de legat.* Cujusmodi accessoria legata hodie esse constat ex *N. 115. c. 3. §. fin. & c. 4. §. fin.* Alii alias rationes commenti sunt, quas refert & examinat *Vasq. d. loco.* Illud obiter notandum, rationi Dd. communi non refragari, *l. si solus. 1. pr. ff. de adquir. vel omitt. hæred.* in qua etiam extra casum & metum, ne quis pro parte testatus decedat, juri accrescendi locus esse videtur. *Coras. d. n. 9.* Respondetur enim in d. textu de jure accrescendi sermonem non esse, sed hoc tantùm dici, quod is, qui ex plurib. institutus est, unam partem omittere non possit, etiamsi substitutum in eâ parte habeat: non quod hæc pars ipsi accrescat, sed quod ab initio in ea institutus fuerit, adeoq; jure institutionis ad eum pertineat, non aliter atq; si institutus ex tota hæreditate, partem agnosceret, & partem respueret. Nam ei portio repudiata non jure accrescendi, sed jure institutionis & aditionis acquireretur, ut rectè *Vasq. d. loco. n. 8. inf.* Vera & generalis ratio esse videtur, quam habet *Justin. in d. l. un. §. his ita. 10. C. de caduc. toll.* quod absurdum sit, ejusdem hereditatis partem agnoscere, partem verò respuere, *l. quidam. 20. inf. C. de jur. de liber. d. l. 6. C. de impub. & al. subst. l. 1. & 2. ff. de adquir. vel omitt. hered.* Quæ licet ab Imp. de hereditate tantum proferatur, *in d. §. 10.* tamen *seq. §. 11.* ad legata quoq; haud obscurè accommodatur; cum nec legatarius pro parte repudiare legatum possit, *l. legatarius 38. ff. de legat. 1. l. 4. l. 6. l. si cui 58. ff. de*

*ff. de legat. 2.* Ratio rationis in genere est, ne voluntatis defuncti inducatur divisio contra *l. eum. 18. §. ult. ff. de his quibus ut ind. gn. Coras. d. n. 9.* in specie verò quoad hereditates, quod heres defuncti personam repræsentet, & una cum ipso persona esse videatur. *l. heres. 22. ff. de usurp. & usuc. N. 48. in præfat.* repræsentatio autem ista non magis pro parte fieri, quàm homo pro parte vivere possit: nec diversas qualitates recipere, sed ut persona defuncti secundum idem & ad idem diverso jure non censetur, sic nec hereditas repræsentans, diverso successionis genere eam repræsentare debeat, *Suev. d. lib. 1. de jur. accr. c. 2. Adde Duar. c. 2. & Gomez. 1. var. resol. 10. n. 27.* Quo ad legata verò, quoniam testator eos quos conjunxit, unius loco esse voluit, *l. plane. 34. pr. ff. de legat. 1.* adeoq; si unus solus superstit, tantum habere debet, quantum reliqui, cum tacitè invicem substituti intelliguntur, *l. si Titio. 61. in f. ff. de legat. 2. Loriot. de conjunctis. axiom. 31. & ex eo Suev. d. c. 2.* Adde *Don. 13. comm. 18. Duar. d. lib. 1. c. 3. & Cujac. 23. obs. 7.*

## Instrumentalis causa est conjunctio, quâ duo vel plures ad eandem hæreditatem vel rem, eadem dispositione & eodem successionis onere vocantur.

Conjunctionem vulgo duplicem faciunt, unam legis, alteram hominis, ut sub finem c. præced. attigimus, illa in heredibus ab intestato est, quas lex quodammodo conjungere videtur: quamvis hujus legalis conjunctionis nulla apud JCtos sit mentio, ut notat *Duar. d. lib. 1. c. 4. & c. 13.* Hæc in ultimis voluntatibus, in quibus successores non nisi voluntate disponentis conjunguntur. *Suev. d. lib. 1. c. 4. circa fin. Hillig. ad Don. 7. Comm. 13. lit. B.* Verùm prior illa hujus loci, ubi de ultimis voluntatibus agimus, propriè non est. Ad hanc verò requiritur (1) ut duo vel plures ad eandem hereditatem vel rem vocentur. Nam quibus res singulæ con-

conjunctim legantur, puta Titio & Mævio singulos servos do, lego, reverà conjuncti non sunt, quia in eandem rem non concurrunt: & non sola oratio, sed vocatio ad eandem rē propriè conjunctos facit. *l. hujusmodi. 84. §. pen. ff. de legat. 1. Duar. d. lib. 1. c. 9.* Sic quoque conjuncti non sunt, quibus ejusdem rei usufr. ita relinquitur, ut alternis annis fruantur: cum enim proprio quisq; tempore integrum usum fructum habeat, non videntur in eandem rem concurrere, neq; eadem res utriq; legata, sed singulæ res separatim relictæ censentur, *l. 2. §. ult. ff. quib. mod. ususfr. amitt. Ant. Perez. ad d. l. un. C. de caduc. toll. n. 12.* Nec obstat, quod & ii sint conjuncti, qui in diversis rebus, puta unus in provincialib. alter in Italicis instituti sunt, *l. ex facto. 35. ff. de heredib. instit.* Respondetur enim, & eos ad unam eandemq; hereditatem vocatos esse, cum talis institutio in jure nostro ita accipi soleat, ac si pariter & absq; ulla rerum mentione instituti essent: rerum autem illa mentio hoc operetur, ut heredes eas res jure prælegati habeant, *d. l. 35.* hereditas enim in recerta dari nequit, & si data fuerit, rejicitur rei mentio, & heres in solidum succedit, si solus heres est, *l. 11. §. si ex fundo. 4. ff. d. t. de heredib. instit.* Si cum aliis, pro partibus æqualib. *d. l. 15. §. cum hac. 2. Dn. Scip. Gent. ad d. l. un. C. de cad. toll. c. 10.* Deinde non resistit, quod filii impuberis hereditas heredi in testamenro patris scripto, & pupillariter substituto accrescat, *l. quidam. 20. C. de jur. delíber.* cum tamen patris & filii diversas hereditates esse expeditum sit. *l. 2. §. prius autem. 4. ff. de Vulg. & pup. subst. §. igitur. 2. Inst. de pupill. substit.* Respondetur enim, non quidem jure conjunctionis, non accrescendi id contingere, quod nonnullos voluisse testatur *Duar. ad t. ff. de acquir. vel omitt. hereditate. c. 10.* id enim. per *l. qui patri. 59. ff. d. t.* ubi expressè filii hereditatem heredi patris jure accrescendi adquiri traditum est: Sed potius post immixtionem à filio factam, non duas amplius hereditates esse, sed partem paternæ hereditatis, & qua filius institutus est, pupilli hereditati confusam, adeoq; unum idemq; patrimonium esse, *l. sed si 10. §. filio. 2. ff. de vulg. & pupill. subst. d. l. 59. de acquir. vel omitt. hereditate. Duar. d. c. 10. & Dn. Scip. Gent. d. c. 10.* Dixi autem ad eandem hereditatem, vel rem: ubi res intelligenda est species sive corpus, non quantitas.

Nam si certa pecuniæ summa duobus conjunctim legata sit, conjuncti esse non videntur, neq; pars unius deficiens alteri accrescit, *l. 7. l. ult. §. Sejo. 2. ff. de legat. 2.* quippe eadem summa pluribus adscripta personarum enumeratione divisa intelligitur, *l. cui fundus. 56. ff. de condic. & demonstr. Ant. Perez. d. n. 12.* nisi forte certum numorum corpus duobus vel plurib. relictum sit, puta 100. quæ in arca habet: vel alias evidentissimis probationibus ostendi possit, testatorem in unam summam eos ideò conjungere voluisse, ut juri accrescendi locus esset, *arg. d. l. 34. §. sed si 3. & §. seq. ff. de legat. 1. l. qui quartam. 15. §. 1. ff. d. t. Duar. d. lib. 1. de jur. accresc. c. 7. Suev. lib. 2. de jur. accr. c. 2. Bach. ad Treutl. d. D. 13. th. 3. lit. B.* Sed & dividua species ista esse debet, *l. 3. pr. ff. de usufr. accr. l. usus. 19. ff. de usu & habit. l. via. 17. ff. de servit. l. item. 10. ff. comm. divid. l. si communis. 17. ff. de stipul. servor. Suev. d. lib. 2. c. 2. statim pr.* (2) requiritur ad conjunctionem, ut plures tanquam plures in solidum ad eandem rem vocentur, *l. conjunctim. 80. ff. de legat. 3. l. Mævius. 66. §. sed si pars. 2. ff. de legat. 2.* Nam si legatum pluribus simpliciter relictum sit, ita ut omnes unius personæ vice fungantur, jus conjunctionis inter illos non est, *arg. l. 7. §. 2. quod cujusq; univers. nom. l. 2. l. si cognatis. 19. ff. de rebus dub. l. 1. ff. de success. edict.* Unde si servo communi quid legatum fuerit, domini servi istius conjuncti non sunt, adeoq; si unus partem suam omiserit, ea alteri non accrescit, *l. & Proculo 20. ff. de legat. 2.* Cui *l.* è diametro obstare videtur *l. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc.* ubi usufr. communi servo relicto, si unus dominorum repudiet, pars ejus non proprietati accedit, sed ad alterum pertinet. Ad quam *ἀντινομίαν* dissolvendam variè Dd. laborant. Quidam enim apertam dissensionem inter *Ulp. & Celsum* agnoscunt. *Cujac. in tr. ff. de usufr. accres. inf. & tr. 5. ad Affr. in expl. l. 2. ff. d. t. Gibbert. Reg. 2. ἐναντ. 16.* Alii cùm hæc respondendi & conciliandi ratio menti Imp. nostri planè non conveniat in *l. 2. §. contrarium. 16. C. de vet. jur. enucl.* putant *Celsum in d. l. 20. de legat. 2.* Proculi & patris sui sententiam tantum retulisse, cùm domini in hac hypothesi ex persona servi omninò conjuncti videantur. *Duar. d. lib. 1. c. 13.* quam solutionem etiam habet *Gloss.*

*ad d. l. 1. §. 1. de usufr. accresc.* Sed nec hæc responsio satis tuta est, & ipso *d. l. 20. textu* satis refellitur, ex qua Celsum non referre tantùm Proculi & patris sui sententiam sed etiam probare luculenter patet. Alii igitur existimant *Celsum in d. l. 20.* conjunctionem tantùm inter dominos servi istius, adeoq; jus accrescendi negare; neq; *Ulp. & Jul. in d. l. 1. §. 1.* contrarium affirmare, sed hoc tantum, quod pars omittentis ad alterum pertineat: quo autem jure pertineat, non exprimere, ideoq; aliunde, & ex ipsa juris ratione petendum esse videlicet non jure accrescendi, quod rectè monet *Cels.* Sed jure potestatis, sive dominii contingere: quod enim alteri ex dominis acquiri non potest, id ad eum qui admittitur, pertinet. *l. 1. §. communis. 4. & l. item si 9. ff. de stipul. servorum. Donell. 10. comm. 23. Suev. d. lib. 2. c. 1. Pac. cent. 6. quæst. q. 13.* Sed vereor, ut & hæc conciliatio *dd. textibus* satis conveniat: quoniam *l. 1. §. 1. de usufr. accresc.* non de jure potestatis & dominii; sed accrescendi haud obscurè loquitur, ut non tantùm rubrica, sed ipse contextus facilè probat: *l. 20.* verò *de legat. 2.* partem ab altero dominorum omissam, non ad alterum pertinere, sed in hereditate manere manifestè indicat, *Vasq. de success. progress. lib. 3. §. 23. n. 513.* Neq; movet *reg. d. l. 1. §. 4. & l. 9. ff. de stipul. servorum.* utpote quæ concepta est in eum casum, quo promissio ab initio statim in persona alterius domini non substitit, adeoq; meritò solidum ad alterum pertinere veteres comprobarunt, *l. si servus. 12. ff. de auth. tut. l. 7. in f. ff. d. t. de stipul. servor.* at in *d. l. 20.* legatum ab initio in utriusq; Domini persona substitit, proindeq; pars ab altero omissa, non ad socium, cui pars tantum legata erat, sed ad heredem, quem magis dilexisse testator præsumitur, *arg. l. unum. 67. §. si rem. 8. ff. de legat. 2.* pertinere debet: facit quod in *d. l. 1. §. 1. de usufr. accresc.* ususfr. utriq; domino acquisitus fuerit, quô casu ad alterum non alio quàm adcrescendi jure pertinere posse videtur. *arg. d. l. 1. §. 2. & l. 3. §. 2. ff. eod. t.* Unde fortassis discrimen faciendum inter usumfr. & proprietatem, cum *Joh. antiquo Glossat.* quem refert & sequitur *Accurs. ad d. l. 1. §. 1. de usufr. accresc. & d. l. 20. ff. de legat. 2.* ut in proprietate quidem omissa portio alteri domino non accrescat, in usufr. verò omninò sive omissa, sive semel acquisita & omissa ad socium pertineat. Differen-

ferentiæ ratio est, quod in proprietate Domini isti servi communis conjuncti non sint, sed partes sibi legatas habeant, *d. l. 20.* in usufr. vero, qui personæ cohæret, *l. 3. inf ff. quib. mod. usufr. amittit:* ita ut olim secundum quorundam opinionem etiam morte servi extinctus fuerit, *l. ult. C. de usufr.* domini omninò in persona servi, quæ hic inspicitur, conjuncti esse intelligantur, *d. l. 1. §. 1. de usufr. accresc. Dn. Scip. Gent. ad d. l. un. C. de caduc. toll. c. 11.* Quam conjunctionem frustra oppugnat *Donell. & Pac. loc. allegat.* Nam servi persona hîc non propterea inspicitur, ut dominorum consideratio in totum excludatur, sed potius, ut hujus respectu, in cujus persona ab initiò conjuncti esse censeantur, *d. l. 1. §. 1. & 2. de usufr. accresc.* utpote cum & ipsi in persona servi solidum habuerint, concursu inter ipsos dividendum, *l. 3. ff. d. t. Adde Gomez. 1. var. res. 10. n. 40. Robert. 2. sent. jur. 24. Et Ant. Fume. de conjunctione c. ult.* Non obstante *l. 5. ff. de stipul. servorum.* quæ de ipso servo communi loquitur, eumq; non totum singulorum esse; quod fieri non potest, cui unius rei duo domini in solidum esse nequeant, *l. 5. §. ult. ff. commod.* Sed pro partibus utiq; indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quàm corpore: cujusmodi partium assignatio jus conjunctionis regulariter impedire non solet, *arg. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3.* Præterea ad veram conjunctionem constituendam necessarium est, ut plures ad eandem rem, in eadem distinctione vel testamento vocentur: quoniam ex diversis testamentis, sive ex duorum testamentis jus conjunctionis non contingit, licet eadem res duobus relicta fuerit, *l. si sub conditione. 6. ff. quib. mod. us. amitt.* Nec obstat *l. plane. 34. §. sed si. 10. ff. de legat. 1.* ubi inter eos, quorum uni in testamento patris, alteri in tabulis pupillarib. eadem res relicta est, jus conjunctionis esse satis aperte dicitur. Respondetur enim, patris & filii testamentum tam jure Prætorio quàm civili pro uno haberi, *l. 2. §. prius. a. 4. & l. patris. 20. ff. de Vulg. & pupill. subst.* adeoq; mirum non esse, si et conjunctionis, & conseq. accrescendi jus inter legatarios istos inductum sit. Ubi obiter notandum *in d. §. sed si 10. l. 34. ff. de legat. 1.* controversum esse, de qua parte textus, in illis verbis: (interim igitur partem habebit) accipiendus sit; an de parte ejus, cui in testamento parentum

tum res legata est, an de parte alterius, cui eadem in tabulis pupillaribus relicta? *Et Azo* quidem, & *Hugolianus relati ab Accurs. ad d. l. 34. §. 10.* Posterioris partem intelligunt, ut ita eum, qui in patris testamento legatum accepit, totum habere velit, quod ab initio ipsis totum relictum fuerit. Unde *Cujac. in not. ad fragm. Vlp. t. de legat. 24. §. 12. in d. §. sed si. 10.* pro eo quod scriptum est, partem habebit, legendum putat, totum habebit. Quam interpretationem etiam *Ant. Fab. 6. conj. 1. & Duar. ad d. l. 34. §. 10. de legat. 1.* sequuntur, rejecta tamen Cujac. correctione, utpote quæ non tantum non necessaria sit, secundum *Fabrum.* sed etiam fugienda, cum corrigendi ista licentia nihil perniciosius sit interpretationi juris Civilis, secundum *Duar.* Contra verò *Joh.* apud eundem *Accurs.* partem tantum ejus, qui patris testamento ad rem illam vocatus est, intelligit. *arg. l. 2. ff. si pars hereditatis petatur.* Cujus opinio & eò juvatur, quod supra diximus, re conjunctum interim, dum alter nondum defecit, non solidum, sed partem tantum suam petere posse ex *l. 33. ff. d. t. de legat. 1.* Deniq; requiritur ut conjuncti eodem quoq; successionis genere vocentur, *l. 6. ff. de bon. possession. l. sive. 21. §. ex duob. 2. ff. de jure patronat.* Nam si forte unus ex jure Civili, alter ex jure Prætorio, vel unus ex testamento, alter ab intestato succedat, inter eos jus accrescendi non est, *arg. l. 3. §. fin. & d. l. 6. ff. de bon. possess. Salic. in l. un. col. 3. C. quando non pet. part. petent. accresc. Coras. ad d. l. 6. C. de impub. & al. subst. n. 13. Dn. Scip. add. l. un. de cad. toll. c. 10. Suev. d. lib. 2. de jur. accr. c. 3. in pr. Hillg. ad Don. 7. com. 13. lit. A. & Dd. comm. teste Vasq. lib. 3. de success. progress. §. 23. n. 136. & 137.* Quam communiorem Dd. opinionem non aliter admittit. *Alciat. 4. Parad. 9.* quam si titulus quoq; diversus sit. nam si eodem titulo puta institutionis vel hereditario, omnes ad successionem veniant, jus accrescendi inter illos esse existimat, sive jure Civili, sive Prætorio, adeoq; sive eodem, sive diverso succedant, *arg. l. 1. C. de test. milit.* ubi uno in paganicis, alio in castrensibus rebus instituto, repudiante alterutro, alteri ejus pars accrescat, nisi testator expressè aliud disposuerit. Sed responderi potest, ibi non diverso, sed eodem testamenti jure utrumq; ad successionem vocari, & rerum diversitatem ius accrescendi propterea non impedire, quoniam in du-

bio

bio miles, de quo in *d. l. 1.* agitur, jure communi potius quàm ex privilegio militari, testari voluisse præsumitur, *arg. l. 3. & l. in testamento 6. inf. C. d. t. de test. milit.* ut ipse etiam *Alciat.* agnoscit: jure autem communi rerum paganicarum & castrensium una est hereditas, in qua conjuncti heredes intelliguntur. Nam si jure militari cum testari voluisse certò constiterit, jus accrescendi inter heredes ita institutos locum non habebit, sed alterutro deficiente, pars ejus ad successores ab intestato pertinebit *d. l. 1. C. de test. milit.* quippe militis duplex est patrimonium, & quasi duorum hominum duplex hereditas, *l. si certarum. 17. §. 1. ff eod. t. & l. heredes. 25. §. 1. ff. famil. hercisc.* adeoq; juri accrescendi, quod in eadem non in diversis hereditatibus obtinet, locus non erit. Adde *Sichard. ad d. l. 1. C. de mil. test. n. 2. 3. & 4.* Aliter *Ant. Fab.* qui prædictam Dd. opinionem in iis tantum casibus recipit, in quibus jus accrescendi ex conjunctione nascitur, ut inter legatarios & fideicommissarios, qui cum diverso jure vocantur, conjuncti esse non videntur: at cum jus accrescendi non ex conjunctione, sed ex necessitate oritur, ut in hereditatib. & bonorum possessionibus, parum referre contendit, an ex diverso, an ex eodem jure vocentur illi, ex quibus alii velint, alii nolint succedere. Idq; probat exemplo testamenti, per querelam pro parte rescissi, quo casu ad successionem quidam ex testamento & alii ab intestato vocentur, & tamen alterutro deficiente jus accrescendi locum habeat. *Dec. 50. error. 7.* Verum ille non in legitimis tantum, sed & testamentariis successionibus jus accrescendi non ex conjunctione, sed solius legis necessitate oriri præsupponit. Quod probari haut posse patet ex iis, quæ supra de causa accrescendi diximus. Nec movet, quod & ejus portio, qui separatim heres scriptus decessit ad omnes coheredes pertinere dicitur, in *l. heredes. 63. ff. de heredib. instit.* Respondetur enim separatos, quemadmodum etiam disjunctos, in hac materia dupliciter dici, vel simpliciter & absolutè, qui nullo modo, neq; re, neq; verbis, neq; re & verbis simul conjuncti, sed planè separati sunt, *l. 1. pr. l. pen. ff. de usufr. accresc.* vel respectivè & relatione habita ad verbis tantum & mixtim conjunctos, quo sensu re tantum conjuncti separati, *d. l. 1. §. interdum. 3. ff. de usufr.*

*accresc. l. si plurib. 33. ff. de legat. 1.* & disjuncti vocantur, *§. si eadem. 8. Inst. de legat. l. un, §. his ita 10. & §. seq. C. de caduc. toll.* Quo posteriori sensu, uti separati ac disjuncti suô modô etiam conjuncti rectè appellantur, ita & jus accrescendi inter eos esse dicendum est, quemadmodum priori casu propter defectum conjunctionis etiam realis, jus accrescendi locum habere non posse expeditum est, *d. l. 1. & l. pen. de usufr. accresc.* Unde omninò verius, etiam in successione testamentaria heredes à testatore scriptos semper saltem re, in ipsa hereditate conjunctos intelligi. *arg. d. l. 63. ff. de hered. instit.* Ad exemplum testamenti per querelam pro parte rescissi, quod attinet, distinguendum est, utrum is, qui ex testamentò succedere potuit, repudiet, an verò is, qui per querelā inofficiosi pro parte testamentum rescidit. Priori casu, re ad causam intestati redacta, pars deficiens meritò alteri, qui partem ab intestato adquisivit, accrescere debet, cum & in legitimis successionibus juri accrescendi locum esse expeditum sit, *l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. l. un. C. quando non petent. part. petent. accrescunt.* Posteriori verò cùm querela nihil aliud sit, quàm petitio hereditatis ex causa inofficiosi; ut probat *Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 13. th. 1. lit. E.* quæ non nisi jure heredis moveri potest, *arg. l. 7. ff. de inoff. test. & l. 2. C. eod. t.* non tam repudiari quàm pro derelicto haberi pars deficiens videtur: unde non accrescere eam scripto heredi, sed tanquam pro derelicto habitam, aut vacantem cuivis occupanti, vel etiam fisco adquiri dicendum erit. Quod si fortè is, qui ad successionem ab intestato non admittitur, de inofficioso egerit, & casu obtinuerit juxta *l. 6. §. 1. ff. d. t.* posteaq; is, qui successionem ab intestato habet, partem sibi delatum repudiaverit, ea non heredi scripto accrescit, sed vel reliquis in eodem gradu accedit, *d. l. 9. ff. de suis & legit.* vel ad proximè sequentes devolvitur. *§. placebat 7. Inst. de legit. agnat. success.*

Fit autem conjunctio vel re tantum, vel verbis tantum, vel re & verbis simul.

*l. tri-*

*l. triplici. 142. ff. de V. S. l. re conjuncti 89. ff. de legat. 3. Vulte. ad §. fin. Inst. de donat. n. 5 & lib. 1. jur. Rom. c. pen.* trichotomiam hanc ad dichotomiam reducit, ut conjuncti vel simplices sint, iisq; vel re, vel verbis tantum: vel mixti, i. e. re & verbis simul conjuncti. Paulò aliter *Don.* quod conjuncti vel re tantum sint, vel etiam verbis; & ex his quidam re & verbis simul: quidam verbis tantum conjuncti dicantur. *d. lib. 7. comm. c. 13. Adde Duar. lib. 1. de jur. accres. c. 6.* Ubi notandum divisionem hanc & appellationes hasce non à re ipsa, sed à conceptione verborum, & externâ loquendi formâ desumtas esse: nam si rem ipsam spectemus, omnes verè conjuncti sunt, *arg. d. l. 89. ff. de legat. 3. Donell. vol. 2. D. 13. th. 3. lit. C.*

## Re tantùm conjuncti sunt, qui ad eandem hereditatem aut rem diversis orationibus vocantur.

Ad constituendam realem hanc conjunctionem tria requiri videntur. (1) Ut ad eandem hereditatem vel rem duo vel plures vocentur. *§. si eadem. 8. Inst. de legat. cum similib.* Quod requisitum generale est, & in quavis conjunctionis specie necessarium, ut patet ex iis, quæ supra dicta sunt. Neq; refert utrum ad totam rem ambo vocentur, an unus ad totam, alter ad partem vel accessionem. V. gr. si alii fundum, alii usumfr. ejusdem fundi testator legaverit, in usufr. re conjuncti sunt, adeoq; inter ipsos juri adcrescendi locus, *l. 6. ff. de usufr. earum, quæ usu consum. l. si alii. 19. ff. de usu & usufr. legat.* Non obstante *l. & puto. 14. §. 1. ff. famil. ercisc.* quoniam ea de judicio familiæ erciscundæ loquitur, in quo alia facienda interpretatio, ne aliàs sententia ejus reddatur nulla: quippe ut dividat, non ut communicet, ipsi permissum est, *arg. l. qui neq; 8. in f. ff. de rebus, eorũ, qui sub tutel. Azo ad d. l. 16. famil. ercisc. Suev. lib. 2. de jur. accr. c. 2. in f. Duar. lib. 1. c. 5. §. in f.* Facit quod jus conjunctionis & accrescendi in actibus inter vivos locum non habeat, ut supra attigimus, & infra plenius ostendemus. (2) Ut conjunctio

fia-

fiat non eâdem, sed diversis & disjunctis orationibus; puta Titius heres esto, Sempronius heres esto: Titio fundum Cornelianum do lego, Sempronio fundum Cornelianum, vel eundem fundum do, lego. Unde & disjuncti hinc inde vocantur, *d.* §. *8. de legat. un.* §. *10. & 11. C. de caduc. toll.* & separati, *l. 1.* §. *interdum. 3. ff. de usufr. adcresc. l. si plurib. 33. ff. de legat. 1.* Respectu videlicet cæterorum, qui non re tantum, sed etiam verbis, adeoq; magis conjuncti sunt, ut monet *Duar. lib. 1. de jur. accr. c. 7.* vel relatione habitâ ad verba, quib. vocantur: nam si rem ipsam spectemus, & hos omninò conjunctos esse dicendum est, ut supra attigimus *ex Donell. d. lib. 7. c. 13.* Non obstat quod oratio soluta interdum in conjunctam resolvatur: velut Publius Mævius, Lucius Titius heredes sunto, quos re & verbis conjunctos esse constat, *d. l. 142. de V. S.* Respondetur enim distinguendo, utrum plures personæ in una eademq; oratione ponantur, ut in exemplo proposito, an verò in diversis orationibus, puta Publ. Mævio fundum lego, Lucio Titio fundum lego: priori casu re & verbis, posteriori re tantùm sunt conjuncti: *d.* §. *8. de legat.* Deinde non movet quod posteriori hoc casu non conjunctio, sed prioris legati ademtio esse videatur, §. *1. Inst. de ademt. legat. l. 5. ff. eod. t.* Distinguendum enim est, ut siquidem posteriori, sub commemoratione prioris, v. gr. quod Titio legavi, id Sejo lego, relictum sit, ademtionem tacitam contineat juxta *d. l. 5. ff. de adim. vel transl. leg. & l. non ad ea. 89. ff. de condic. & demonstr.* Si verò simpliciter fundus vel res alia separatim duobus legata sit, realis conjunctio intelligatur, *d.* §. *8. Inst. de legat. Duar. d. lib. 1. c. 7.* Neq; infringit hanc responsionem *l. Julianus. 15. pr. ff. de heredib. instit. l. 142. inf. de V. S.* Respondetur enim non quidem cum *Joh. Fabr. ad d.* §. *1. de ademt. legat.* aliud esse in commemoratione in continenti facta, ut non præsumatur ademtio, *d. l. 15.* Aliud in commemoratione ex intervallo facta, *d. l. 15. de adim. vel transf. legat.* neq; etiam distinguendo inter legata & heredum institutiones, quasi in his difficilior sit ademtio: neq; differentiæ rationem petendo ex verbo *d. l. 15.* (eandem,) quod conjunctionem inducat cum *Bach. ad d.* §. *1.* quoniam hæ interpretationes divinatoriæ sunt, & textibus allegatis non conveniunt; sed potius in *d. l. 15. & l. 142. de V. S.* ver-

ba posterioris institutionis non ad ipsum jus heredi ar. um, quod prior habuit, sed ad partem ex qua institutus est referri in *d. v. l. si* verba, quod Titio legavit, ad ipsam rem legatam pertinere, ideoq; ademtionem & translationem continere, *Duar. d. lib. 1. de jur. accresc. c. 7.* Illud hîc notandum, diversitatem orationum non impedire particulam (Et) inter duas orationes positam, sed nihilominus realem conjunctionem manere: puta Titio fundum lego, & Sempronio eundem fundum lego. Quamvis enim aliàs particula (&,) conjunctionem inducat, *l. 66. ff. de hered. instit.* tamen id in una, non diversis orationibus verum est, ut post *Br. & Jas. in d. l. 9. de legat. 3. docet Vasq. de success. progress. lib 3. §. 21. n. 5. & 41.* Circa hoc autem requisitum difficultas incidit *ex l. item quod. 17. §. 1. ff. de heredib. instit. & l. Mavio. 41. pr. ff. de legat. 2.* quam aliter atque aliter Dd. extriçare conantur. Et in l. quidem *17. §. 1. de heredib. instit.* casus proponitur, quo duo ex 11. unciis, duo sine parte heredes scripti sunt, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiavit: quæsitum igitur, utrum portio ejus uni qui sine parte, an omnibus scriptis heredibus accrescat; & decisum omnibus pariter accrescere; quoniam, quantum ad jus accrescendi, conjuncti non sunt, qui sine parte instituuntur. Ubi *Cujac.* id propterea contingere existimat, quoniam duo sine parte heredes scripti, verbis tantum conjuncti sint: nuda autem verbalis conjunctio, quoad jus accrescendi effectum nullum habeat, ad *d. l. 17. §. 1. de hered. instit.* Verùm ut taceam, quod præsupponat id, quod maximè dubium, & fortassis falsum est, videlicet inter verbis tantum conjunctos jus accrescendi locum non habere, textui etiam *d. l. 17. §. 1.* hæc interpretatio convenire non videtur, utpote in quo ii, qui sine parte scripti sunt, conjunctos esse apertè negatur, quod de verbis tantùm conjunctis dici non posse patet *ex l. re conjuncti 89. ff. de legat. 3.* ubi & verbis tantum conjuncti inter conjunctos expresse recensentur. Dicendum igitur duos istos sine parte non conjunctim, sed disjunctim sive separatim heredes scriptos, & conseq. non verbis, sed re tantum conjunctos fuisse: quo casu cùm non magis inter se, quam cum reliquis ex 11. unciis scriptis conjuncti sint, meritò uno ex disjunctis istis repudiate portio ejus omnibus accre-

fecit, *l. heredes. 63. ff. d. t. de heredib. instit. & ibi Gloss.* Adde *Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. C. de caduc. toll. c. 16.* In *l. vero 41. ff. de legat. 2.* Mævio parte fundi dimidia, Sejo parte dimidia legata; eodem fundo Titio legata, Si Sejus decesserit, pars ejus utriq; accrescere dicitur. Quem textum quidam ita accipiunt, quasi Mævius & Sejus verbis tantum conjuncti essent inter se, cum Titio verò re tantùm, adeoq; æqualis horum conditio: quorum opinionem refert *Accurs. ad d. l. 41. & probat ibidem Gothofr. in not.* Et videtur sanè primo intuitu nihil interesse, utrum testator ita dixerit, Mævio partem fundi dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: an ita, Mævio & Sejo fundum æquis partib. do, lego, quæ est ipsa verbalis conjunctionis definitio, in *d. l. 189. ff. de leg. 3.* Sed imò hæc diversa esse, vel inde colligitur, quod priori formula Mævius & Sejus in unam rem sive fundum conjuncti non sunt, sed separatim unicuiq; pars fundi legata: inter quos nullam esse conjunctionem satis probat, *l. 1. pr. ff. de usufr. accresc.* neq; enim ad verbalem conjunctionem inducendam satis est, ut duo pluresve uno eodemq; verbo conjungantur, puta lego, sed præterea requiritur, ut unâ oratione, ad eandem rem in solidum vocentur, & postea partes æquales pro indiviso exprimantur, per *d. l. 89. ff. de leg. 3.* Adde *Dn. Scipion. Gentil. d. c. 16. & Fachin. 4. contr. 98. inf.* Alii igitur Mævium & Sejum plane conjunctos non esse existimant, sed ex æquitate, & quia testantium voluntates plenius interpretandæ, *l. 13. ff. de R. J.* hactenus pro conjunctis haberi, ut æqualis sit omnium legatariorum conditio: quò inclinat *Duar. lib. 2. de jur. accresc. c. 13. circa fin.* Verùm nec hæc interpretatio satis tuta est, cùm non nisi inter conjunctos juris accrescendi locum habere constet ex *d. l. 1. pr. & l. 3. ff. de usufr. accresc.* Nonnulli omnes hosce legatarios re tantùm conjunctos esse existimant, ut Mævius & Sejus ad eandem fundi dimidiam vocati intelligantur. Quamvis enim verbis duæ dimidiæ singulis legatæ videantur, ut innuit ipse *JCt.* ibi: separatim & partes fundi; tamen si rem ipsam intueamur, ad unam tantùm dimidiam vocati sunt, cum altera per totius fundi legatum, Titio attributa sit, ut docet *Donell. in Epist. ad Alberic. Gentil.* quæ extat inter opera ejus posthuma. Eadem inclinat *Gloss. ad d. l. 41. de legat. 2. Eguin. Bar.*

*ad d. §. 8. Inst. de legat. pag. (mihi) 255. & Ant. Fabr. de error. pragmat. Dec. 50. err. 8.* Aliter *Alberic. Gentil. lib. 1. lect. epist. 4.* qui propterea Mævium & Sejum re tantum conjunctos esse putat, quia confusa penitus unius portio cum altera, ita ut nec ille neciste, vel glebam unam sibi propriam asserere possit. Quæ tamen ratio ad realem conjunctionem constituendam sufficere haud videtur, utpote quæ partium mentionem planè respuit, ita ut re conjuncti ex ipsis testatoris verbis solidum habere intelligantur, *d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll. ut in seq. 3.* requisito accuratiùs ostendere conabimur. Illud nihil refert, utrum initio *d. l. 41.* ita legatur, Mævio fundi partem dimidiam lego, Seio partem dimidiam lego, quemadmodum nonnullos codices habere testatur *Vasq. de success. progress. lib. 3. §. 21. n. 27.* an verò ita, Mævio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: quam lectionem præfert *Duar. d. c. 13. in f.* Nam ex utraq; lectione efficitur, Mævium & Seium re conjunctos esse, ut dictum. (3) deniq; requisitum est, ut solidum singulis, sine ulla partium mentione relictum sit. Nam re conjuncti ab initio ex ipsis testatoris verbis solidum habere videntur. *d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll.* Non quidem quasi re ipsa & actu solidum habeant; id enim fieri non posse expeditum est *ex l. 5. §. ult. ff. commod.* Sed in eventum alterius deficientis, quo casu tota hereditas vel totum legatum ad alterum pertinet. *d. §. 8. Inst. de legat.* Et hoc modo omnes conjuncti solidum ab initio habere intelliguntur, *d. l. 3. ff. de usufr. accresc. & d. l. 80. ff. de legat. 3.* In eo tantum differentia est, quod re conjuncti expressius ex ipsis testatoris verbis, reliqui ex interpretatione voluntatis solidum habere videantur, *arg. d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll.* Non obstat, quod nec re conjuncti solidum, sed partes tantum petere possint iuxta *d. l. 33. ff. de legat. 1.* Respondetur enim id propterea fieri, quia non simpliciter ipsis solidum relictum est, sed in eventum alterius deficientis, quo casu contingente rectè solidum petunt, *arg. d. l. 33. de legat. 1.*

Verbis tantùm conjuncti sunt, qui eâ-

dem oratione, ad eandem rem, sed æquis partibus vocantur.

*d. l. 89. ff. de legat. 3.* Duo sunt, quæ coniunctionem hanc constituunt. Unum, quod eâdem, non diversis rationibus ad eandem rem vocentur, *d. l. 89.* Quod adeò verum est, ut ne coniunctiones quidem illæ, ET, QUE, CUM, & similes verbalem coniunctionem aliter inducant, quàm si unitate sermonis etiam comprehendantur, *d. l. un. §. 10. circa fin. C. de cadu. toll. Mynſ. ad d. §. 8. de legat. n. 3.* Quemadmodum interdum & detractis particulis istis, coniunctio esse potest, modò unitas orationis maneat, *d. l. 142. de V. S.* Verùm hoc requisitum commune habet hæc coniunctio, cum mixta re & verbis simul facta, quæ & ipsa unica oratione absolvenda est, ut infra statim dicemus. Alterum est, quod partium æqualium expresse fiat mentio; puta Titius & Sempronius æquis partibus heredes sunto, Titio & Sempronio fundum Cornelianum æquis partib. do lego. *d. l. 89. ff. de legat. 3.* Quidam verbis conjunctos etiam eos esse putant, quibus ita legatum est, Titio tertiam, & reliquam partem fundi Sejo lego. *Mynſ. d. loco.* Sed minus rectè, cum hic nulla sit rei conjunctio, sed legatarii ad diversas fundi partes vocati: cujusmodi legatarios planè separatos esse constat, *ex l. 1. pr. ff. de usufr. adcresc.* Non obstat, quod verbis tantùm, & non re conjuncti expresse vocentur in *d. l. 89. ff. de legat. 3.* adeòq; planè conjuncti non videantur, *arg. d. §. 8. Inst. de legat.* Respondendum enim est ex supra dictis, id quoad conceptionem verborum & extraneam loquendi formulam (à quà hæ appellationes petitæ sunt) accipiendum esse: nam quoad rem ipsam & hi conjuncti & ad eandem hereditatem vel rem vocati sunt. Dicuntur autem verbis tantùm conjuncti ratione mixtorum, quos simul rei & verborum complexus jungit, *d. l. 142. ff. de V. S.* Deinde non movet, quod hi conjuncti semper etiam ab initio partes habeant, *d. l. 89. de legat. 3. l. planè. 34. §. Si conjunctim. 9. ff. de legat. 1.* adeòq; re vera & cum effectu aliquo conjuncti non sint, *d. l. 3. ff. de usufr. adcresc. & d. l. 80. ff. de legat.* Nam & hoc respectu verborum & propter

pter expressam partium mentionem intelligendum est, aliàs & hos initio solidum habere & concursu partes fieri, verius est per *d.l.3. ff. de usufr. adcresc. & d.l.80. de leg.3.* quos textus ad omnes conjunctos pertinere jam supra diximus. Facit quod partes istæ incertæ sint & indivisæ non magis rem dividentes, quàm si partium expressio facta non fuisset: quippe divisio testatoris intellectu percipitur, non oculis cernitur, *l. 5. ff. de stipul. servor.* Adde *Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. C. de caduc. toll. c. 10.* Tertio non resistit *l. si ita. 66. ff. de hered. instit.* Respondetur enim ibi voluntatis quæstionem esse, utrum videlicet testator heredes ita scriptos, Titius heres esto, Cajus & Mævius æquis ex partibus heredes sunto, conjungere, an verò celerius loqui voluerit. Et videbatur quidem Cajum & Mævium verbis conjunctos esse, *arg. d. l. 89. de legat. 3.* Sed re diligentius consideratâ non conjungere, sed celerius tantùm dicere testatorem voluisse, apparebit. Quamvis enim aliàs particula ET, conjunctionem inducere soleat, tamen alia hîc testatoris mens (quæ in ultimis voluntatibus adeòq; in hac conjunctionis materia prædominari debet; *l. ex facto. 35. §. rerum autem 3. ff. d. t. de heredib. instit. N. 22. c. 2.* fuisse exinde colligitur, quod verba ambigua sint, & intelligi possint, vel ut Cajus & Mævius inter se ex æquo heredes sint, vel ut ex æquo cum Titio succedant. Quæ posterior interpretatio tanquam plenior in dubio accipienda est, *l. 12. ff. de reg. jur.* ut Titius, Cajus & Mævius ex æquo admittantur, atq; ita omnes re tantùm conjuncti sint, non secus ac si disjunctim instituti & singuli seorsim heredes scripti fuissent. Plenior autem & benignior hic sensus est tum Titio, qui reliquis tanquam pariter disjunctis in jure accrescendi par censebitur: tum Cajo & Mævio, qui viriles cum Titio hereditatis partes accipient, cùm aliàs non plus haberent, quam solus Titius, quippe per conjunctionem istam in unum corpus à testatore redacti, *l. Attius. 11. l. interdum. 13. ff. d. t. de heredib. instit. Don. d. lib. 7. comm. c. 13. Dom. Scip. Gentil. ad d. l. un. de caduc. toll. c. 16. Adde Duar. lib. 2. de jur. accresc. c. 13. Fachin. 4. contr. 98. Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 13. th. 3. lit. C. & Vasq. d. lib. 3. de success. progress. §. 22. n. 15.* Deniq; non impetit *l. pen. ff. de usufr. accresc.* ubi verbis conjuncti apertè separati dicuntur. Respondetur enim ibi fructua-

rios planè conjunctos non esse, ne verbis quidem, sed *Papin.* de duobus vel pluribus fructuariis loqui, quibus usustr. ejusdem rei ab heredibus singulis relictus est, quo casu, cum hereditariæ partes, ex quibus pendet ususfr. divisæ sint, & in ipso usufr. partes divisæ intelliguntur. Neq; quicquam interest, utrum Titio ab uno herede, & Sejo ab altero ejusdem rei ususfr. legatus sit, an verò Titio & Sejo simul eâdem oratione ex æquis partibus heredum; id est, ut portiones accipiant à singulis heredibus. Utroq; enim casu separati sunt fructuarii, cum alius ab alio herede usumfr. vindicet, ut ait *Ulp. l. seq. ult. d. t. de usufr. accresc. Donell. d. t. lib. 7. comm. c. 13. Anto. Matth. ad d. §. 8. Inst. de legatis. Suev. d. lib. 2. de jur. accresc. c. 3. p. 126. Val. Riemer. Ill. Q. Dec. 7. q. 7.* Responsio etiam haud inconveniens potest peti *ex l. 1. pr. eod. t.* ut phrasis ista, æquis portionibus, in *d. l. pen.* non ad verba formaliter ita prolata, sed ad rem ipsā referatur, huncq; sensum habeat, quod sine dubio conjuncti non sint fructuarii, quando unicuiq; partis rei ususfr. relictus est, puta Titio dimidiæ partis ususfr. Sejo alterius partis dimidiæ ususfr. *d. l. 1. pr.* Videntur enim in *d. l. pen.* hi duo casus æquiparari, quando unā in speciem oratione ejusdem rei ususfr. à duobus heredibus relinquitur, & quando ab uno herede diversis orationibus diversæ partes relinquuntur. Nam & hoc casu rectè & magis propriè res æquis portionibus relicta esse dicitur, ut monet *Bach. ad Treutl. d. D. 13. th. 3. lit. C.* Alii differentiam inter usumfr. & proprietatem constituunt, ut quoad usumfr. inter verbis tantùm conjunctos jus adcrescendi non sit, cum quævis pars personæ, cui à testatore adscripta est, cohæreat, adeoq; deficiente ea finiatur, & ad proprietatem redeat, *§ fin. Inst. de usufr. Vasq. d. lib. 3. de success. progress. §. 23. n. 28. Duar. lib. 1. de jur. accr. c. 10. Fachin. 5. contr. 50. & alii.* Verùm hæc distinctio vix recipi potest propter *l. 1. pr. ff. d. t. de usufr. accresc.* ubi etiam in usufr. inter conjunctos jus accrescendi esse apertè dicitur, conjunctorum autem appellatione etiam verbis tantùm conjunctos venire expeditum est, *ex d. l. 142. de V. S. & d. l. 19. ff. de legat. 3. Don. d. c. 13. Wesemb. in π. ff. d. t. de usufr. accresc. n. 4.*

Re

Re & verbis simul conjuncti sunt, qui ad eandem rem eâdem oratione sine expressâ partium mentione vocantur.

Sive quos & nominum & rei complexus jungit, ut brevius describit *Paul. in d.l. 142. ff. de V. S.* Conveniunt igitur hi conjuncti cum reliquis (1) in genere, quod omnes in eadem hereditate, vel re concurrant, ut supra in definitione conjunctionis diximus. Deinde in specie cum verbis tantum conjunctis, quod eadem etiam oratione vocentur, *d. l. 142. de V. S. & d. l. 89. ff. de legat. 3.* Differunt verò quòd verbis tantùm conjuncti ex æquis partibus vocentur, in his verò, qui mixtim conjuncti sunt, nulla verborum expressa fiat mentio. V. gr. Titius & Mævius heredes sunto: Titio & Mævio Stichum do lego, *d. l. 142. de V. S. d. §. 8. Inst. de legat.* Quamvis enim *Petr. Cyn. & alii ex veteribus* (non autem citramontani i. e. Itali omnes, ut falsò putat *Treutl. d. D. 13. th. 13. l. C.* meritò ob id notatus à *Bach.*) hos verbis tantum conjunctos existiment; tamen opinio illorum facilè refellitur *ex d. l. 142. de V. S.* ubi hi legatarii satis apertè ad mixtim conjunctos referuntur. *Zas. 1. singul. responsor. 18. n. 1.* Fefellit illos *l. planè. 34. §. si conjunctim. 9. ff. de legat. 1.* ubi etiam in hac conjunctionis specie partes ab initio fieri expresse scriptum est; quod verbalem conjunctionem arguere patet *ex d. l. 89. ff. de legat. 3.* Respondetur enim negando conseq. quoniam & re & verbis simul conjuncti partes ab initio habent, æquè ac verbis conjuncti: non quidem verbis testatoris expressas, sed ex mente & voluntate intellectas, cùm nihil intersit, utrum testator partes dari voluerit, an etiã expresserit, *arg. l. si duob. 16. §. ult. ff. de leg. 1.* Deinde in *d. l. 34. §. 9.* cõjunctio ex aliâ ratione nõ subsistit, adeoq; partes ab initio statim ita fiũt, ut nec juri accrescendi locus sit: quod etiam contingit in *d. l. 16. pr. & l. hujusmodi. 84. §. si Titio. 8. ff. d. l. de legat. 1.* ut infra dicemus. Adducunt & *l. legata. 19. §. ult. d. t.* Sed ibi non exprimitur, an conjuncti ab initio, an concursu partes

partes habeant, sed hoc tantùm, quod si in legatô pluribus relicto partes adjectæ non sint, æquè servari debeant, *arg. §. si plures. 6. Inst. de heredib. instit.* uti & in hereditatib. idem constitutum est. Alii contra mixtam hanc conjunctionem ad realem propius accedere, adeoq; ab initio non partes, sed solidum habere contendunt, *per l. 6. & 7. ff. de rebus dub. l. 3. pr. ff. de usufr. accresc. l. conjunctim. 80. ff. de legat. 3. & arg. §. 8. Inst. de legat. Bart. ad d. l. re conjuncti. 89. n. 88. Vasq. d. lib. 3. §. 21. n. 58. Fuma tr. de conjunctionib. C. de conjunct. mixta Suev. d. lib. 2. de jur. accresc. c. 3. Fachin. 4. contr. 94. & Dd. comm.* Verum contraria opinio venior, adeoq; mixtim conjuncti propius ad verbis tantùm coniunctos accedere videntur, *arg. d. l. 16. §. ult. ff. de legat. 1.* Nam cum re tantum coniunctis in eo quidem conveniunt, quod ad rem eandem vocentur; sed cum coniunctis verbis tantùm, præterea etiam in eo, quod eadem oratione, sive nominum & re complexu coniungantur, *d. l. 142. ff. de V. S. Zas. d. c. 18. n. 2. & seqq. Duar. d. lib. 1. de jur. accr. c. 11. Don. d. c. 13.* Neq; obstat *d. l. 6. & 7. ff. de reb. dub.* Respondetur enim ibi non simpliciter solidum ab initio relictum dici, sed quasi ab initio, ut innueretur, videri quidem solidum relictum primo intuitu, sed reverâ partes saltem tacitè ex voluntate testantis adsignatas esse, *arg. d. l. 16. §. ult. ff. de legat. 1.* Deinde & mixtim coniunctos suo modo habere solidum facilè largimur, cum omnes coniunctos etiam verbis tantùm solidum habere verius sit, in eventum videlicet alterius deficientis; & partes in casum utriusq; concurrentis, *d. §. 8. Inst. de legat.* Quæ etiam responsio est *add. l. 3. de usufr. accresc. & d. l. 80. de legat. 3.* quos textus ad omnes coniunctos pertinere iam aliquoties diximus. Præterea non movet, quod in *d. §. 8. Inst. de legatis.* etiam inter mixtim coniunctos legatum scindi dicitur: quod solidum ab initio relictum fuisse omninò præsupponere videtur. Respondendum enim est, hoc procedere in partib. pro diviso & separatim adsignatis quo casu, cum legatum ab ipso testatore iam divisum & scissum sit, concursu ulterius scindi aut dividi non potest: aliud autem esse in partib. pro indiviso attributis, quæ rem nô magis scindunt, quàm si datæ non fuissent, adeoq; & hoc casu demum utriusque concursu legatum scinditur. *d. §. 1. de legat. & d. l. 16. §. ult. de legat.*

*legat. 1.* Minus ad rem facit *l. si mihi. 12. pr. ff. d. t. de legat. 1.* quo nonnulli etiam utuntur. Nam in illa nihil aliud habetur, quàm legatum uno deficiente totum ad alterum pertinere: quod in verbis etiam, nedum mixtim conjunctis contingere infra suo loco ostendere conabimur.

## Materia sive Objectum juris accrescendi sunt actus ultimarum voluntatum, non etiam contractus vel actus inter vivos.

In explicatione definitionis supra attigimus jus accrescendi tantùm in actibus ultimarum voluntatum sive mortis causa locum habere: quales sunt hereditates, legata, fideicommissa, mortis causa donationes, mortis causa capiones. Et in hereditatibus quidem juri accrescendi locum esse expeditum est, sive ab intestato, *l. 1. §. si nemo. 9. ff. de Sen. Tertull. l. si ex plurib. 9. ff. de suis & legit.* sive ex testamento duobus vel pluribus deferantur, *d. l. un. §. hac autem. 14. C. de caduc. toll.* Excepto testamento militis, quod cum pro parte valere, & miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit, jus accrescendi in eo locum non habet: nisi fortè hæc defuncti voluntas probata fuerit, ut omittente altero, totam hereditatem ad alterum pertinere voluerit, *l. si duob. 37. ff. de test. milit.* Adde quæ supra circa causam juris accrescendi remotam dicta sunt. Illud non refert civilis an Prætoria sit successio, cum & in bonorum possessionibus juri accrescendi locus sit, *l. un. C. quando non petent. part. petent. accresc.* Idem dicendum de legatis & fideicommissis, tàm universalibus, quàm particularibus, *l. Papinianus. 43. ff. ad SCt. Trebell. d. l. un. §. 14. C. de caduc. toll.* Sed & inter eos qui exheredati sunt, quiq; inofficiosi querelam habent, jus accrescendi obtinet, *l. si ponas. 23. §. ult. ff. de inoff. test.* Non obstante *l. 8. § quoniam. 13. ff. eod. t.* Distinguendum enim est, utrum exheredatus querelam, quam habuit, repudiaverit, aut postquam movit, à lite destiterit, aut alio modo amiserit, ut tum juri accrescendi locus

sit, secundum *d. l. 23. ff. de inoff. test.* at verò taceat quidem exheredatus, sed nondum tamen amiserit jus dicendi testamentum inofficiosum, ut hoc casu licet ad tempus quiescat, cum possit tamen adhuc quere clam instituere, rectè alteri partem faciat, adeoq; is partem tantum, non totam hereditatem petere debeat juxta *d. l. 8. §. 8. eod. t.* Ad ultimas voluntates pertinet etiam m. c. donatio, *l. ult. C. de m. c. donat.* mortis causa capio, *l. qui pretio, 8. l. mortis causa. 31. pr. ff. d. t.* adsignatio libertorum, *l. 1. & tot. t. ff. de assignand. libertis.* Et in libertorum quidem assignatione res expedita est *per l. 3. in f. junct. l. 4. & 5. ff d. t. de assign. libert. Duar. lib. 1. de jur. adcresc. c. 16. inf.* Idem volunt Dd. comm: in m. c. donatione, per textum in *d. l. un. §. hac autem. 14. C. de caduc. toll. Gomez. 1. var. res. 10. n. 7. & alii ab eo allegati. Schneid. ad pr. Inst. de donat. t. de donat. c. m. n. 24.* adeò ut ne dubium quidem hoc esse testetur *Mant. de conject. ult. vol. lib. 1. t. 14. sive ult. n. 2.* Sed contrarium visum, *Ant. Fabr. in err. pragm. Dec. 48. err. 10.* qui jus accrescendi in m. c. donatione locum habere simpliciter negat: tùm quod etiam hodiè m. c. donatio vel stipulatione, vel traditione perficiatur: neutro autem casu jus adcrescendi admitti possit; non priori; quoniam in contractibus juri accrescendi secundum *communem Dd opinionem* locus non sit, ut infrà ostendimus: nec posteriori, quoniam donatione per traditionem factâ, partes ab initio ab ipso donatore factæ & singulis donatariis assignatæ sint, quo casu jus accrescendi cessare expeditum, *arg. l. pen. ff. de usufr. adcresc.* ne aliàs liberaliores simus ipso donatore, & solidum tribuamus ei, cui partem tantùm dari voluerit: tum quod donatione per traditionem factâ, statim partes singulis acquisitæ sint: quo casu etiam juri accrescendi locum non esse colligitur, *ex d. l. un. in f. C. quando non petent. part. petent. adcresc.* Nihilominus à communi opinione temerè recedendum non est: tum per d. textum *in l. un. §. 14. C. de caduc. toll.* ubi frustra est *Ant. Fab.* dum locum istum ad caduca & quasi caduca, sive quæ sunt in causa caduci, restringere conatur: quasi non alia ibidem Imperatoris mens esset, quàm ostendere, quod ea quæ de legatis & fideicommissis dicta sunt, ne fierent caduca, vel quasi caduca, etiam ad m. c. donationes trahenda sint, *arg. l. & fideicommissum. 117. ff.* de

*de legat. 3. Jason. in l. socium. 3. C. qui test. fac. poss. n. 8. Bart. d. §. 14.* oblitum fuisse scribit. Nam immò latius textum istum patere, ipsa Justin. verba satis innuunt, dum expresſè dicit: hæc autem omnia locum habere censemus &c. quibus verbis procul dubio non ad remotiora tantum de caducis tollendis, sed etiam ad proximè præcedentia de jure accrescendi respicere voluit: Non obstantibus verbis mox sequentibus, scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari &c. quippe quæ præcedentia generalia non restringunt, sed tantùm omnibus iis, quæ dicta sunt, ne fisci quidem privilegium præjudicare debere innuunt, ut ex ipso contextu satis apparet. Tum etiam per textum generalem, quo m. c. donationes non contractibus sed legatis ferè per omnia exæquatas esse scriptum est, *l. ult. C. de m. c. donat.* in legatis autem jus accrescendi obtinere extra dubitationis aleam positum est. Nec infringit hoc fundamentum Fabri instantia, quando nec in legatis aliter quàm si legatarii vel re, vel re & verbis simul conjuncti sunt, jus accrescẽdi locũ habere dicit, hîc autem donatarios verbis tãtùm conjunctos esse. Respondetur enim ipsum hîc duo præsupponere, quæ non præsupponenda, sed probanda erant; videlicet (1.) donatarios m. c. semper partes ab initio habere, adeoq; verbis tantùm conjunctos esse. (2.) inter verbis tantùm conjunctos jus accrescendi non esse, de quo partim supra jam dictum, partim infra suo loco dicendum erit. Ad fundamenta ipsius quod attinet, respondetur in genere, m. c. donationes licet quoad formam maxima ex parte contractibus æquiparentur, quoad effectum tamen & confirmationem ultimis voluntatibus accenseri, *d. l. ult. C. de m. c. donat.* cum morte demum confirmentur, & dominum in iis, æquè ac in legatis, recta via in donatarios transeat, *l. 1. inf. & l. 2. ff. de publ. in rem act. Gomez. d. c. 10. n. 7. & tom. 2. c. 4. n. 16 & 17.* Deinde in specie (1.) stipulationem hic non considerari simpliciter tanquam actum inter vivos, sed quatenus per eam actus m. c. sive ultima quædam voluntas conficitur, & proinde mirum non esse, si secus quàm aliàs in contractibus fieri solet, jus accrescendi inter donatarios conjunctos receptum sit: neq; traditio per quam interdum fit m. c. donatio, semper partium divisionem infert, seu ita demum, si vel

partes pro diviso singulis adsignatæ fuerint, vel ipsi donatarii rem traditam inter se diviserint, quibus casibus jus accrescendi cessare facilè concedimus. Eadem responsio est etiam ad alterum fundamentum, videlicet non semper portiones donatariis separatim & pro diviso adquiri, sed ita demum, si realiter divisio rei facta fuerit. Cùm enim donatio quamdiu vivit donator propter revocandi potestatem semper in pendenti sit, interim licet uterq; donationem acceptaverit, singulis pro parte res adquisita nondum videtur: Ut taceam, quod ad communem opinionem sustinendam satis foret, si in donatione m. c. per stipulationem facta jus accrescendi locum haberet. De m. c. capione dubitari potest per *l. pen. §. 1. ff. de condic. & demonstr. Raph. Cuman. & Immo.. in l. si mihi. 110. ff. de V. O. allegati à Mantic. d. t. 14. n. 2. in f.* Sed affirmativa & hîc verior videtur, partim quia & m. c. capio ultima quædam voluntas est. *d. l. 8. & l. 31. pr. ff. de m. c. donat.* partim per textum *in l. qui duobus. 23. ff. de condic. & demonstr. & l. Thais. 41. §. Stichus 14. ff. de fideicomm. libertatibus.* Nec resistit *d. l. pen. ff. de condic. & demonstr.* Respondetur enim ibi specialem casum esse, quo testator Titio, si Symphoro & Januario centum præstiterit, fundum legavit, & Symphoro ante moram Titii mortuo, benigna interpretatione receptum, ut Titius dimidiam partem Januario daret, & dimidiam fundi partem consequi posset: quæ divisio ne aliàs propter defectum conditionis, quæ mortuo Symphoro, existere stricta juris ratione non poterat, totum legatum intercideret, omninò boni consulenda est. In reliquis verò textibus vel nulla talis est conditio, quâ deficiente legatum perire posset, ut *d. l. 41. §. 14. de fideicomm. libertat.* vel jussus est legatarius non certis nominatim personis, sed heredibus dare, ut in *d. l. 41. & d. l. 23. ff. de condic. & demonstr.* quo casu hæc videtur defuncti voluntas, ut quisquis heres fuerit, ei solidum dari debeat. *Duar. d. lib. 1. de jur. accresc. c. 16. Adde Mantic. d. t. 14. n. 2.* Præterea de legitima res satis expedita non est, an & ea (puta si ex quinq: filiis unus vel decesserit, vel repudiaverit partem suam) jus accrescendi recipiat. Nam *Duar. d. lib. 1. c. 14.* negativam amplectitur, & casu proposito reliquos quatuor non integrum semissem habituros existimat; quoniam lex partem istam deferens ad numerum liberorum

rorum respiciat, adeóq; eo per mortem vel repudiationem minuto, etiam portio ipsa delata minui debeat, *arg. §.pen. Inst. de eo cui libert. caus. bon. addic. cum similib.* Contra affirmativam tenet *Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. C. de cad. toll. c. pen.* ut sive agatur ad supplementum legitimæ, sive querela inoff. ad testam. totum rescindendum, jus accrescendi locum habeat, *l. qui repudiantis. 17. & l. si ponas. 23. §. ult. ff. de inoff. test.* Verùm ut posterius hoc de querela inoff. satis manifestum est, per ea quæ supra quoq; hac de re diximus: ita prius ex textibus istis fortè satis probari non videtur: cùm alia ratio sit hereditatis, in qua uno heredum deficiente, portio ejus alteri semper accrescit, sive ab intestato, sive ex testamento pluribus hereditas delata fuerit, *l. 9. ff. de suis & legit. d. l. un. §. 14. C. de caduc. toll.* alia verò legitimæ quando liberi quinq; in legitima instituti sunt, & unus ex iis decessit vel portionem suam repudiavit, quoniam hic ad numerum liberorum respectus habitus fuit, adeóq; eo per mortem ac repudiationem unius imminuto, legitimam non integram semissem amplius fore dicendum videtur. *Duar. d. loco.* Sed nihilominus ab affirmativa recedendum non est, tum per textum generalem *in l. un. C. quando non petent. part. pet. adcresc.* tum quoniam testator plures liberos in legitima conjungens, non frustrà, sed ad effectum juris accrescendi id fecisse existimandus est, *arg. d. l. un. §. 10. & seqq. C. de caduc. toll. cum similibus.* Neq; movet, quod de numero liberorum ad quem lex respexerit, supra ex *Duar.* allatum est. Nam hoc ad tempus mortis testatoris referendum est, ut si quatuor vel pauciores liberi fuerint, triens, sin quinq; vel plures, semis eorum legitima sit. *N. 18. c. 1.* at si postea unus ex illis defecerit, vel portionem suam repudiaverit, ea meritò reliquis accrescere debet, *arg. d. l. un. C. quando non pet. part. petent. adcr. Ad. de Fachin. 4. contr. 31. in f.* Huc referri potest & illa quæstio, an patre in in legitima instituto, & duobus fratribus præteritis, jus adcrescendi locum habeat, ita ut patris legitima non tantum portionis ab intestato debitæ, sed totius hereditatis triens sit. Et affirmativa quidem magis communiter à Dd. probata est, ut monet post alios à se allegatos *Marc. Anton. Peregrin. de fideicomm. art. 38. n. 13.* Rationes communis hujus opinionis adferuntur (1.) quoniam

fratres præteriti vel justè exhereditati pro civiliter mortuis habentur, *arg. l. pater. 14. ff. de inoff. test. §. sed nostra. 3. Inst. de success. libertorum. l. 1. §. sed etsi. 5. ff. de conjung. cum emancip. liber.* (2) quoniam ad legitimæ computationem eadem est ratio, utrum quis non extet, an succedere non possit, *l. 1. §. pen. de bon. poss. contra tab.* (3) quod is qui ad partem non admittitur, partem quoq; in computanda legitima facere non debeat, *l. planè. 34. §. si duob. 11. ff. de legat. 1. l. si post mortem. 11. §. liberi 4. d. 1. ff. de bon. possess. contra tabb.* (4) quoniam argumentum à legis dispositione ad hominis dispositionem validum est, per ea quæ habet. *Everh. in Topic. loc. à lege ad ult. volunt.* Si autem lege, vel statuto fratres excluderentur, tota triens patris esset legitima, *arg. d. N. 18. c. 1. Peregrin. d. n. 13.* Contrarium tenuit *Bart. in d. l. pater. 14. ff. de inoff. test. Bursat. lib. 3. cons. 114. & 115.* Quorum opinio non improbabilis videtur ex seqq. fundamentis. (1) quod legitima, id est, tertia vel semis sit ejus partis, quam quis ab intestato habiturus erat. *Auth. novissima. C. de inoff. test. Mich. Graff. §. de legitima. q. 1. n. 1. Curt. Seni. Cons. 35. n. 34. Cravett. p. 5. cons. 966. n. 2.* Jam autem si parens ab intestato successisset, procul dubio tertiam tantum hereditatis partem habuisset, propter fratres duos defuncti, inter quos & patrem dividenda erat hereditas in capita, ut notum *ex Auth. defuncto. C. ad Senatus consult. Tertull. N. 118. c. 2.* Legitima ergo hoc casu, tertia hujus partis tertiæ dicenda erit. Non obstante eo, quod legitima parentum æquè ac liberorum tertia totius hereditatis esse videatur. *d. N. 18. c. 1.* Hoc enim verum est, quando pater vel mater soli sunt, non si fratres vel sorores cum iis concurrunt, quo casu utiq; non tota triens, sed tertia portionis ab intestato debitæ legitima erit, *arg. d. Auth. Novissima. C. de inoff. test.* (2) peti potest, *ex l. 8. §. si quis. 6. ff. d. t. de inoff. test.* ubi JCtus expressis verbis docet, eum qui mortis causa (vel hodie titulo institutionis) filio dedit quartam partem ejus, quod ad eum perventurum esset, si intestatus paterfam. decessisset, securè testari. Ergò in nostris quoq; terminis filius securè testatus erit, & parens contentus esse cogetur, tertia ejus partis, quam ab intestato habiturus erat. *arg. l. quæ nuper. 31. C. d. t.* (3) est quod parens in legitima, tanquam re certa institutus, particularis succes-

sor

fer sit, adeoq; ipsi nihil accrescere possit, sed reliquum penes herede m universalem manere debeat. *arg. l. & Proculo. 20. ff. de leg. 2.* Neq; movet quod pater ad capiendam totam trientem non jure accrescendi, sed jure proprio & jure non decrescendi, ac si solus extaret, admitti videatur secundum *Bald. ad d. Auth. novissima. C. de inoff. test. Fachin. d. lib. 4. contr. 31.* Hoc enim negandum est, propter concursum fratrum, quoniam alia legitima patris est, alia fratrum, quam pater neq; jure non decrescendi, neq; accrescendi capere potest. *Christ. Bezold. inter Consil. Tubing. p. 5. cons. 197. & seqq.* Ad fundamenta communis opinionis responderi potest. (1.) ad Reg. justè exheredatum vel præteritum pro civiliter mortuo habendum, extra terminos in quibus loquitur, trahendam non esse, *arg. d. l. 8. §. quoniam. 8. ff. de inoff. test.* & monet *Bach. ad Trentl. vol. 1. D. 13. th. 15.* Ad (2.) quod *d. l. 1. §. pen. ff. de bon. poss. contra tabb.* de deportato loquatur, quem simpliciter pro civiliter mortuo haberi & omnis successionis tam ex testamento, quam ab intestato incapacem esse constat; sed aliam planè rationem esse fratrum præteritorum, qui si frater vel soror intestati decessissent absq; dubio unà cum parente admissi fuissent. Ad (3.) dici potest regulam istam, quod is qui ad partem non admittitur, partem non faciat, satis expeditam non esse, propter contrariam regulam *in d. l. 8. §. 8. ff. de inoff. & l. hujusmodi. 84. §. si Titio. 8. ff. de legat. 1.* Unde & *Fachin.* ex dicta Reg. satis firmum argumentum peti non posse fatetur. *d. lib. 4. c. 31.* Accedit quod in *d. l. 10. §. 4.* specialis sit ratio bonorum possessionis contra tabb. cujus cum nullo modo participes sint exheredati, *l. 8. pr. ff. eod. t.* partem etiam ibi facere non possunt, *d. l. 10. §. 5. Bach. ad d. th. 15.* Deniq; ad quartum respondendum, argumentum à lege ad testatorem & viceversâ non aliter procedere, quam si par utrobiq; sit ratio: at hoc casu diversam planè rationem esse, cum lex sive statutum omninò inhabilem ad succedendum faciat, quod voluntas testatoris facere non potest, sed præteritus nihilominus ipso jure successionis capax remanet, ut supra quoq; attigimus. Multò autem magis eô casu, quo fratres duo simpliciter, & mater in legitima instituta est, tertia portionis ab intestato debitæ erit legitima, ut rectè docet *Fachin. d. lib. 4. c. 29.* Et hæc in ultimis volun-

voluntatibus ita obtinent, in contractibus verò aliisq; actibus inter vivos jus accrescendi locum non habere verius est, tum quod in *d. l. un. C. de caduc. toll. & aliis locis.* ubi de jure accrescendi ex professo tractatur, nulla contractuum, aliorumve actuum inter vivos fiat mentio: tùm quod nec ulla ejus in contractibus introducendi fuisset ratio, cum contrahentes ipsi sibi cavere possent, si uno deficiente, vel non adquirente, quod ex contractu debetur, totum ad alterum pertinere vellent. *Dn. Scip. ad d. l. un. C. de caduc. toll. c. pen.* tum quod alia quoq; sit contractuum, alia ultimarum voluntatum ratio, utpote in quibus voluntates testantium plenius interpretari solemus, *l. in testamentis. 12. ff. de R. I. Duar. d. lib. 1. de jur. adcresc. c. 15.* Adducunt etiam *l. si mihi. 110. ff. de V. O.* ubi si quis sibi & Titio decem stipuletur, non tota decem, sed quinq; tantùm debentur, *Joh. Fab. ad d. §. Si eadem. 8. Inst. de legat. n. 4. in f. Pac. in not. ad §. si quis. 4. Inst. de inut. stipulat.* Verùm *hic textus ut & alii in l. stipulatio. 38 §. eum, qui. 19. & l. eum qui. 56. pr. ff. de V. O.* fortassis ad rem parum faciunt: non quidem quasi tempore JCtorum ne in legatis quidem jus accrescendi fuerit, cum legatum in persona collegatarii ab initio non consisteret, *d. l. 34. §. si conjunctim. 9. d. l. 84. §. 8. ff. de legat. 1. Duar. d. c. 15.* hoc enim discrepantiam inter leges Cod. & Pandect. induceret, quod facilè admittendum non est, *arg. Const. Cordi nobis. §. 1. de emendat. Codic.* Sed potius textus istos de quantitate loqui, in quibus jus accrescendi non esse jam supra monuimus. Nihilominus tamen etiam in specie, puta fundo in stipulationem hoc modo deducto, mihi & Titio fundum dare promittis? idem juris esse contra *Hottomann. & Pac. ad d. §. 4.* verius est, per tradita à *Wesemb. & Bach. ad d. §. 4. de inutil. stipul. Giph. ad d. l. 110. de V. O. n. 2.* Contra *Porc. ad d. §. 4. de inut. stip. Fab. de monte in tr. de emt. vend. part. 3. pr. q. 12. Tiraq. de retract. §. 23. Gloss. 1. num. 5.* etiam in contractibus juri accrescendi locum esse existimant. *per l. fundus. 64. ff. de contrahend. emt.* ubi fundus mihi & Titio emtus ad me solùm pertinet. Sed responderi potest, hoc casu totum fundum ad me pertinere, non jure accrescendi, quod ubi altera persona supervacuò aut vitiosè adjecta est, vix ullum esse potest, sed jure venditionis, in qua cùm venditor totum pretium recipiat, æquum utiq;

est

est, ut ex mutuæ obligationis natura ad emtorem quoq; fundus totus pertineat. Quidam ut hunc textum cum *d. l. 110. de V. O.* concilient, distinguunt inter quantitatem & speciem, sed minus rectè, ut jam dictum. Alii inter contractus bonæ fidei & stricti juris. *Duar. d. c. 15.* Sed & hoc fortassis frustra, cum potius ex eo totus fundus ad emtorem pertineat, quod obligatio individua, adeoq; in solidum defendenda sit, *arg. l. si quis 46. pr. & §. 1. ff. de solut. Ad. de Giph. ad d. l. 110. de V. O. n. 2.* Secundo afferunt pro ista sententia etiam *l. 5. ff. comm. prædiorum.* Verùm ibi ipsa res (servitus videlicet) individua, *l. 1. § si usufr. 9. ff. ad legem Falcid.* obligationem quoq; facit individuam, *l. 2. §. 1. ff. de V. O.* ut persona vicini adjecta pro supervacuo habeatur, ut servitus tota ad unum pertineat: *Giph. ad d. l. 110. de V. O. n. 3. Suev. d. lib. 2. de jur. accr. c. 2.* Eadem ratio est, si res fortè dividua sit, sed adjecto planè adquiri non possit. Nam & tum adjectus pro supervacuo habetur, & res ad unum tota pertinet, *arg. §. ult. Inst. de stipul. servor. & l. si servus. 21. ff. de auth. tutor.* Tertium fundamentum in eo ponunt, quod jus accrescendi ad emtorem hereditatis pertineat, *arg. l. 2. pr. & §. 4. ff. de hereditate vel act. vend.* Respondetur autem hic ad emtorem jus accrescendi non ex contractu pertinere, sed quoniam is per contractum in locum heredis succedit, ejusq; jure utitur. *arg. d. l. 2. de hereditate vel act. vend.* ut infra suo loco pluribus ostendemus. (4) Huc adducunt usumfr. quem pactionibus constitui, *§. 1. Inst. de usufr.* & tamen jus accrescendi in eo locum habere constat, *l. 1. & tot. t. ff. de usufr. accresc.* Sed responsio expedita est, videlicet titulũ de usufr. accr. procul dubio ad legatum usumfr. pertinere, ut exempla sub isto tit. posita satis ostendunt. *Duar. d. c. 15.* Deniq; argumenta à ratione quæ jus accrescendi induxit, quod nemo eandem rem pro parte probare, pro parte improbare possit. *d. l. un. §. 10. C. de caduc. toll.* etiam in contractib. obtinere putant, *l. si cum. 9. ff. de compens. l. Julianus. 30. ff. de heredit. petit. l. cum quæritur. 16. ff. de administr. & pericul. tutor.* Verùm respondendum est, licet in genere eadem videri possit ratio, tamen in specie aliam in legatis rationem esse, & aliam in contractibus; in illis conjunctionem à testatore factam, *d. l. un. §. 10. C. de caduc. toll.* at in contra-

ctib. alterũ solidũ consequi non ex cõjunctione, sed conventione & ipsius cõtractus forma, ob quã non est in arbitrio cõtrahentium, id quod in contractum deductum est, repudiare & ab eo resilire, *l. verò. 12. §. pen. l. aliud. 106. ff. de solut.* cùm contractus ab initio quidem voluntatis sint, ex post facto necessitatis. *l. 5. C. de O. & A.* Ab hac autem reg. excipiunt (1) donationem in plures simul ab Imp. factam, in qua juri adcrescendi locum esse volunt per *l. un. C. si liberal. Imp. soc. sine hered. decess. Duar. d. lib. 1. de jur. accresc. c. 16. Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. C. de caduc. toll. c. pen.* Sed neq; textus *d. l. un.* hoc dicit, neq; ulla necessaria conseq. ex eo evincitur: cum potius hoc liberalitati Imperatoriæ & largissimæ ejusdem interpretationi, quam juris necessitati adscribendum sit: maximè cum proponatur ibidem res jam duob. vel plurib. adquisita, quo casu jus adcrescendi locum habere non soleat. *Suev. d. lib. 2. de jur. acc. c. 2.* Deinde excipiunt unionem prolium, in qua, licet actus inter vivos sit, jus tamen accrescendi obtinere volunt *Bologn. in l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3.* Verùm & hic casus fortassis sub reg. comprehendi potest, cum jus accrescendi non tanquam ex contractu, sed tanquam in hereditate ex testamento vel ab intestato delata locum habere videatur: quemadmodum etiam in adoptione, cui valdè affinis est ista unio, adoptivi succedunt, & jure accrescendi utuntur, non ex adoptionis consecutione, sed quia liberi sunt effecti, & parentib. tam ex testamento, quàm ab intestato succedunt, *pr. Inst. de adopt. §. at hi. 10. & §. seq. Inst. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. Suev. d. c. 2. Hillig. ad Don. 7. comm. 12. lit. L.* Deniq; & in feudo juri accrescendi locum esse existimat post alios à se allegatos *Schrad. de feud. part. 7. c. 1.* tum per *d. l. un. C. si liberal. Imperial. soc. &c.* tum quod & in usufr. jus adcrescendi esse expeditum sit. Sed ad utrumq; patet responsio ex iis, quæ dicta sunt: ad (1) *in d. l. un.* de jure accrescendi sermonem non esse; ad posterius verò id tantum in usufr. m. causa. non inter vivos constituto verum esse, *arg. l. 1. & tot. t. ff. de usufr. adcr.* Unde in feudo etiam distinctè procedendum, utrum videlicet inter vivos, an in testamento aliaq; voluntate ultima res una duob. vel plurib. in feudum data sit. Et priori quidem casu juri accrescendi locum non esse dicendum

cendum

cendum est, per reg. supra propositam, quod in contractibus alisq; actibus inter vivos jus accrescendi nullum sit: Idq; etiam eo casu, quo feudum forte ita concessum est, ut singuli in solidum habeant, *arg. l. 1. §. 3. ff. de usufr. accresc.* vel ut uno absq; herede masculo mortuo, pars illius ad alterum pertineat, *d. c. de Marchia §. fin. de feudo March. 1. F. 14. c. si duo. de fratrib. de novo benef. invest. 2. F. 12. & c. duo fratres de duobus fratrib. à Capitan. invest. 2. F. 18.* Nam & hic portio deficientis ad alterum non jure accrescendi, sed vi conventionis pertinet. *Alvar. ad c. quia §. 1. n. 15. de his qui feud. dar. poss. 1. F. 1.* Sed quid si forte ab Imp. feudum duobus concessum fuerit, an ne hic uno sine herede deficiente ad alterum ex *d. l. un. C. si liberal. Imperial. soc. &c.* pertinebit? Ita putat *Bald. in d. c. si duo. 2. F. 12. Clar. 4. Sent. §. feudum. q. 87. n. 2. & 3. Jacobin. de S. Georg. §. Princeps vers. sed an. &c. n. 16. Schrad. d. p. 7. c. 1. n. 11.* Sed contrarium verius est, tum quod jure Feud. generaliter dispositum sit, ut portio feudi conjunctim duobus concessi, uno eorum deficiente, non ad socium pertinere, sed ad dominum redire debeat, *d. c. Marchia. §. fin. 1. F. 14. & d. c. si duo. 2. F. 12. tum arg. d. c. quia §. cum verò 1. F. 1.* ex quo textu colligitur, ante constitutionem Imp. Conradi ne quidem in feudo antiquo ab Imp. concesso fratrem fratri successisse: ergo multò minus in feudo novo licet communiter ab Imp. concesso alter alteri succedet: tum denio; *arg. d. l. un. C. si liberal. Imperial. socius &c.* quæ de donatione simplici, & quidem contra communis juris regulas concepta est, ideoq; ad consequentiam & feudi constitutionem trahi non debet, *arg. l. quod v. 14. cum duab. seqq. ff. de legib.* Nec movet quod beneficia Imp. quàm latissimè interpretari conveniat, *l. pen. ff. de constitut. Princ.* Nam illa reg. procedit, nisi natura rei gestæ, vel negotii contracti aliud exigat, ut hic in feudo concesso, cujus naturam in dubio & Impr. servare, & juri feudali se conformare voluisse censendus est, *arg. l. 4. C. de ll. Alvar. ad c. si quis. n. 7. de benefic. fratris & c. 1. F. 20. ibiq. And. de Isern. n. 1. Curt. Jun. de feud. part. 2. membr. 2. n. 72. Zas. p. 3. n. 32. inf. Vult. lib. 1. c. 9. n. 119.* Posteriori verò casu quando ab initio res duobus vel plurib. in feudum legati titulo data est, jus accrescendi locum habere non dubitamus.

*arg. §. si eadem. 8. Inst. de legat. d. l. 1. §. 13. ff. de usufr. accresc. & d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll. Suev. d. c. 12.* ubi hoc solo casu jus accrescendi in feudis agnoscit. Sed & idem dicendum, quando feudū per successionem sive ex testamento (iis videlicet casibus quibus dispositio testatoria locum habere potest) sive ab intestato duobus defertur: ut hoc quoq; casu uno ex coheredibus deficiente, puta vel mortuo priusquam feudum agnovit, vel jus feudi repudiante, portio ejus ad alterum pertineat; non virtute successionis & primæ investituræ, ut *Curt. Jun. d. p. 2. n. 74. Zas. d. p. 8. n. 32. Rosent. c. 6. concl. 73. & alii existimant*, sed jure accrescendi, *arg. d. l. un. §. 10. & §. 14. C. de caduc. toll. l. 9. ff. de suis & legit. l. 5. §. 9. ff. ad Sen. Tertull.* Qui textus cum jure feudali nusquam correcti reperiantur, meritò adhuc obtinent, *arg. c. Obertus inf. pr. 2. F. 1.* Non obstante eo, quod de jure successionis & primæ investituræ dictum, utpote, quod ad eam portionem, quam deficiente uno alter consequitur, extendendum non est. *Bocer. cl. 4. D. 15. th. 42. Dn. Conr. Rittersh. lib. 1. partit. feud. c. 15. q. 34.*

Forma juris accrescendi partim in eo est, ut portio reverâ defecerit; partim ut portioni, non personæ naturaliter accedat.

Primum igitur requisitum essentiale est, ut portio quæ accrescere debet, reverâ defecerit, *d. §. 8. Inst. de legat. d. l. un. §. 10. & seqq. C. de caduc. toll.* Nam si semel acquisita alteri fuerit, patrimonio adquirentis confunditur, & conseq. cum cæteris ejus bonis ad successores transit, *d. l. un. C. quando non pet. part. petent. accresc.* & licet postea quis eam habere noluerit, vel amiserit, conjuncto tamen non adcrescit, sed plerumq; pro derelicto habita occupanti conceditur, *l. 1. & tot. t. ff. pro derelict.* Excipitur 1. ususfr., qui etiam adquisitus & postea amissus nihilominus jus accrescendi admittit, *l. 1. §. 3. ff. de usufr. accr.* Ratio est, quoniam ususfructus cum in facto & perceptione fructuum consistat, quotidie constituitur & legatur,

gatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur: ideoq; quamprimum non inveniet altereum, qui sibi concurrat, solus eô in totum utetur, ut ex *Cels. & Julian.* monet *Ulp. in d. l. 1. §. 3.* Secunda exceptio est in iis personis, quibus speciali beneficio concessum est, hereditatem acquisitam repudiare, quales sunt sui heredes, & minores 25. annis, quorum illis beneficium abstentionis à Prætore indultum est, his verò restitutio in integrum tributa, ut liceat iis hereditatem semel adquisitam vel aditam repudiare, *l. necessariis. 57. ff. de adquir. vel omitt. hereditate. l. ait Prætor. 7. §. sed etsi. 5. ff. de minor.* Unde sic repudiata hereditas rectè deficere, & conseq. coheredib. adcrescere dicitur, *l. pen. & ult. ff. d. t. de adquir. vel omitt. hered.* Tertia est in *l. si qua mulier. 4. C. ad Sen. Tertull.* si videlicet mulier intra annum luctus ad secundas nuptias transierit. Cogitur enim tum dimidiam partem substantiæ suæ filiis ex priori matrimonio susceptis relinquere, ita ut si aliquis ex iis decedat, ejus portio cæteris accrescat, nec ad mulierem aliter quicquam redeat, quam si ii omnes intestati decesserint. Quarta est in *N. 1. c. 1. §. 1.* ubi portio ejus, qui voluntati defuncti non paruit, etiam post aditam hereditatem deficit, & coheredibus accrescit. *Dn. Scip. Gentil. add. l. un. C. de caduc. toll. c. 12. Duar. d. lib. 1. de jur. accr. c. fin.* Deficere autem portio, vel heres (nam hæc eodem sensu ponuntur in *d. §. 8. de legat. & d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll.*) variè dicebatur. (1) quando ea quæ in testamentis aliisq; voluntatibus ultimis relicta sunt, pro non scriptis habentur, qualia sunt, quæ ipso faciendi testamenti tempore inutilia sunt: puta si ei qui in rerum natura non est, vel palam incapaci quid relictum sit, *l. 3. & 4. ff. de his, quæ pro non script. l. 1. C. de heredib. instit.* (2) quando in causa caduci sunt, puta quæ post testamentum factum, sed vivo adhuc testatore deficiunt, puta si heres vel legatarius vivo testatore moriatur, vel conditio deficiat, *d. l. un. §. 4. C. de caduc. toll.* (3) quando relicta verè & propriè caduca sunt, sive quando post mortem demum testatoris tale quid contingebat. *d. l. un. §. 5. & seqq.* Hodie in genere deficere dicitur, quicunq; partem sibi relictam vel volens vel nolens amittit: sive ea pro non scripta sit, sive in causa caduci, sive caduca, sive etiam ab herede vel legatario

repudiata fuerit: in iisq; casibus omnibus juri accrescendi locus est ex *d. l. un. §. 10. & seqq. C. de caduc. toll.* Verùm his quæ pro non scriptis esse dicuntur, obstare videtur, *l. planè. 34. §. si conjunctim. 9. inf. ff. de legat. 1.* ubi si Titio & servo proprio sine libertate res conjunctim relicta sit, pro dimidia tantum parte Titio debetur. Sed respondetur non quidem in *d. text.* jus antiquum contineri, quod à *Justin. in d. l. un. §. qua autem. 12.* correctum sit, ut hodie in omnibus, etiam iis, quæ pro non scriptis habentur, jus accrescendi locum habeat. *Duar. lib. 1. de jur. accr. c. 18. Fach. 4. contr. 97.* hoc enim verbis *Justin.* satis convenire non videtur in *d. l. un. §. 3.* ubi satis apertè testatur, se in iis, quæ pro non scriptis habentur; jus antiquum intactum reliquisse: sed potius in *d. l. 34. §. 9.* relictum non simpliciter pro non scripto fuisse: quippe legatum non plane inutile erat, sed valebat saltem naturali æquitate in persona servi, adeoq; ejus portio alteri accrescere non poterat, *arg. l. pen. §. 2. C. de necess. serv. hered. instit. Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. de caduc. toll. c. 3.* Adde *Suev. lib. 2. de jure accresc. c. 3.* Secundo resistit *l. hujusmodi. 84. §. si Titio. 8. ff. d. t. de legat. 1.* ubi si Titio & Mævio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat, pars Stichi Mævio tantum debetur. Verùm & hic Titius non omnino pro non scripto haberi potest, cum rei sibi legatæ etiam dominus fuerit, & conseq jure retentionis, vel dominii adversus collegatarium se tueri potest; quippe qui non admittitur ad partem legati jure legati, is tamen jure dominii ad partem admitti debet, *ut ex Bald.* monet *Dn. Scipio Gentil. d. c. 3.* Deniq; adversatur, *l. si duob. 16. pr. ff. de legat. 1.* ubi si duob. res conjunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri sola pars debetur. Sed respondendum est, non quidem hunc textum ad quasi caduca pertinere, quæ ante Justin. constitutionem in *d. l. un. de caduc. toll.* conjuncto non accrescebant, sed heredi relinquebantur, *cum Mynf. ad d. §. 8. de legat. n. 15. Riem. ill. Q. Dec. 7. q. 7.* (id enim partim divinatorium est, partim menti *Justin.* non satis conveniens in *d. l. 2. §. tanta 16. C. de vet. jur. enucl.*) Sed vel ibi eum qui in rerum natura tempore testamenti conditi non fuit, revera pro non scripto non haberi, cum ii, qui in utero sunt (de quib. *d. pr.* loqui verosimile est *ex §. ult. ejusd. l. 16.*) quoties

es de commodo eorum agitur, pro jam natis habeantur, *l.7.l.pen.ff. de stat. homin. Bart. ad d.l. 16.* vel in *d.l.* alterum neq; actu neq; potentia, puta quia decessit, in rerum natura fuisse, idq; testatorem ignorasse, ideoq; meritò portionem ejus in hereditate manere juxta *d.l.unic.§.4.C.de caduc. toll. Suev. d.c.3. Adde Gloss. ad d.l. 16. & Scip. Gentil. d.c.3.* Illud parum referre videtur, utrum portio aliqua ipso jure, an ope exceptionis defecerit; propter reg. juris antiqui, quâ nihil interesse dicitur, ipso jure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur, *l. nihil. 112. ff. de R. J. Duar. d.lib.1. c.19. Fach. 4. contr. 96.* Nec obstat *l.si duo. 13. pr. ff. de jurejurand.* quo textu *Gloss. Bart. & Dd. comm.* moventur, ut juri accrescendi non aliter locum esse existiment, quam si portio ipso jure defecerit; quod probat etiam *Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. c. 12.* Respondetur enim rationem *in d. l.* esse non quod portio tantum per exceptionem defecerit, sed quia jus jurandum alterius, nempe liberti, alteri neq; prodest, neq; nocet, *l. 3. §. pen. ff. d.t. de jurejur.* uti nec pactio vel conventio inter alios habita, *l. si unus. 27. §. pacta. 4. inf. ff. de pact.* Quare cum liberti jus jurandum alteri patrono nihil profit, mirum non est, si alterius patroni, qui jus jurandum detulit, portio alteri patrono non adcrescat. Deinde non resistit *l. unum. 67. §. sed si. 3. ff. de legat. 2.* quoniam ibi heredis portio reverâ non defecit, adeoq; is meritò cum aliis de familia ad fundum legatum admittitur. Cum enim ibi fundus certus à testatore familiæ relictus fuerit, & postea uno ex familia instituto, fundum istum extraneo legaverit, meritò respondetur, fundum quidem reliquos de familia petere posse, sed ita tamen, ut & heres scriptus simul in partem admittatur. Deniq; parum ad rem facit, *l.4.C. de his quibus ut indign.* utpote in quâ hereditas tanquam indigno ablata ad fiscum defertur, quoniam jure tam antiquo quam novo, ea quæ indignis auferuntur, ad fiscum pertinent. *d. l. un. §. 12. C. de cad. toll.* Alterum requisitum est, ut ex ipsa juris accrescendi natura portio portioni, non personæ accedat, *arg. d. §. 8. de legat. d. l. un. §. 10. de cad. toll.* Quod in proprietate facilè omnes admittunt, in usufr. verò non portioni, sed homini sive personæ accrescere volunt, per *l. interdum. 10. ff. de usufr. adcr. l. & an eadem. 14. §. 1. ff. de except. rei jud.*

*jud. l. si Titio. 33. §. 1 ff. de usufr. Govean. lib. sing. de jure adcr. n. 2. Don. 7. comm. 12.* Sed fortassis à regula & ordinario jure etiam in usufr. recedendum non est, sed potius dicendum, etiam in usufr. regulariter & ex ipsa juris accrescendi natura portionem portioni accedere, cum textus supra allegati de casu excepto loqui videantur, adeoq; in casibus non exceptis confirment regulam per ea quæ habet *Everh. in Topic. loco ab except. ad reg. n. 2. & seqq.* De casu autem excepto agi in *dd. textibus* ex ipsorum diligentiori inspectione facilè apparebit. Agunt enim de usufr. pro parte adquisito & iterum amisso; quo casu cum portiori accedere non possit, personæ nihilominus usufructuarii accrescit *per d. l. 10. de usufr. accresc. l. si Titio. 33. inf. ff. de usufr.* Nec obstat quod usufr. non portioni, sed expresse personæ accrescere dicatur, in *d. l. 14. §. 1. de except. rei judic.* Respondetur enim (1) id in dicto speciali casu verum esse, quo cum portio penes usumfructuarium nulla sit, utiq; non portioni pars deficiens, sed personæ tantum accrescere poterit: deinde non sequitur, usus fructus natura sua personæ cohæret, ideoq; etiam personæ accrescit: quoniam nihil prohibet, quò minus & personæ & portioni diverso respectu cohærere & accrescere possit: personæ quidem quatenus jus personale est, personæ fructuarii cohærens: & quatenus etiam amissus semel iterum adcrescit, adeoq; amissa licet portione, adhuc personæ accedit: portioni verò secundum ipsam juris accrescendi naturam, ex qua portio vacans portioni acquisitæ accrescit, non tantum in proprietate, sed etiam in usufr. quando videlicet portio usus fr. amissa non est, *arg. l. 1. §. 3. ff. de usufr. adcresc.* Adde omnino *Suev. d. tr. lib. 1. c. 4. ubi plurib. hanc rem persequitur.*

Finis & effectus consistit in ipsa portionis vacantis adquisitione & accretione, quam in omnib. conjunctorum generibus locum habere putamus.

Et de re quidem, ut & mixtim conjunctis res expedita est per textum expressum *in d.* §. 8. *Inst. de legat. d. l. un.* §. 18. *& seqq. C. de caduc. toll.* nisi quod vulgò in his non tam jus adcrescendi, quàm jus non decrescendi locum habere Dd. existimat: de qua opinione quid habendum jam supra monuimus. Non obstat re tantum conjunctis *l. quod ergo. 53. §. si quis. 2. ff. de legat. 1.* Ubi in hac conjunctionis genere unus rem, alter æstimationem consequitur. Respondetur enim, non quidem cum *Borch. in Disp. extraord. de legat. d.* textum loqui de legato damnationis, in quo jure antiquo juri accrescendi locus non erat: hoc enim Justin. minus convenit, qui discrimen inter legatum damnationis & vindicationis sustulit in *l. 1. C. communia de legat. & fideicomm.* sed potius ibi eandem rem duobus à diversis heredibus legatam, adeòq; legatarios planè conjunctos non esse, ne re quidem, cum uni res, alteri æstimatio legata intelligatur, *arg. l. 33. ff. d. t.* æquè ac si in duob. testamentis eadem res relicta fuisset, *d. l. 53. §. 2. & l. 34. §. sed si 2. ff. d. 1. de legat. 1.* Sic quoq; non obstat mixtim conjunctis, *l. mulieri. 74. ff. de condic. & demonstr.* ubi usufructu mulieri & Titio, si non nupserit mulier, relicto, nubente muliere conditio remittitur, & mulieri dimidia tantùm pars conceditur, ita ut nec repudiante quidem Titio ejus pars ipsi accrescat. Respondetur enim in *d. l. 74.* tam Titium quam mulierem jure quodam singulari contra voluntatem testantis ad legatum admitti, ideoq; utrumq; boni consulere debere, quod pars ipsi sua salva sit, licet alterius portio deficiens non accrescat. Cum enim jus adcrescendi ex voluntate defuncti tacitâ descendat, ut supra dictum, meritò lex contra voluntatem ejusdem, qui non aliter quàm conditione existente eos conjungere voluit, jus accrescendi non inducit. *Duar. lib. 2. de jur. accr. c. ult. Adde Suev. d. lib. 2. c. 3.* Non omninò dissimilis ratio est in *l. 3. §. etsi. 3. ff. de legat. præstand.* ubi si testator filio præterito parenti & extraneo conjunctim rem aliquam legaverit, rescisso per bonorum possessionem contra tabb. testamento, parenti sua tantùm portio conservatur. Quamvis enim hoc casu legatarius defuncti voluntate non destituatur, tamen cum ea rescisso testamento pro nulla quoad extraneum habenda sit, parens eâ parte contentus esse debet, quæ

ipsi ex singulari humanitate conservata est, *l. 1. pr. ff. d. t. Duar. d. c. ult.* Quod attinet ad *l. fin. §. Sejo. 2. ff. de legat. 2.* ubi Sejo substituto ita legaverat testator, Sejo si heres mihi non erit, & uxori ejus Marcellæ argenti 15. libras dari volo; Sejo herede existente Marcellæ dimidia tantum portio debetur, ad eam respondet *Cujac.* sermonem esse de fideicommisso, in quo cesset jus accrescendi, *lib. 2. obs. 12.* Sed hoc Justin. contrarium est, qui apertè in omnibus ultimis elogiis, sive testamenta, sive codicilli fuerint, juri accrescendi locum esse debere constituit *in d. l. un. §. 14. C. de caduc. toll.* Dicendum igitur videtur, ibi legatum quantitatis, adeoq; juri accrescendi locum non esse, secundum ea, quæ supra dicta sunt: deinde ne quidem in specie sive corpore legato juri accrescendi locum fore, propter conjecturam voluntatis defuncti, quæ ea est, ut mulier vel dimidiam legati partem boni consulere debeat; eo ipso enim dum testator Sejo principaliter, & mulieri quodammodo in favorem Seji legat, hæc voluntas ejus fuisse videtur, ut mulieri non nisi dimidiam partem præstari voluerit. Adde *Accurs. Bart. & Dd. ad d. l. ult. de legat. 2. & Suev. d. lib. 2. c. 3.* In verbis vero tantum conjunctis difficilis est controversia, adeo ut juxta *Suev. d. c. 3.* vel Prætor sibi non liquere pronunciare posset. Verum nos & in his regulariter æquè ac in aliis jus accrescendi obtinere putamus, (1.) quia & verbis conjuncti, verè conjuncti sunt, *l. triplici, 142. ff. de V. S.* Conjunctionis autem in hac materia effectus alius, quàm jus accrescendi non est, *arg. l. 16. ff. quib. mod. usufr. amitt.* (2) per *d. l. 16. §. ult. ff. de legat. 1.* ubi si Titio & posthumis æquis vel virilib. partib. quid legatum fuerit, posthumo non nato, Titio solidum deberi dicitur: Neq; infringit hujus argumenti vim responsio *Anton. Fabr. in error. pragm. Dec. 40. err. 5* qui specialem hîc proponi casum existimat in posthumis; quasi testator Titio & posthumis legando, eâ voluntate fuerit, ut posthumos non aliter partem facere voluerit, quam si nati fuerint, quod cum in dubio positum sit, propter hunc incertum eventum solidum Titio legaverit. Nam hæc in mera divinatione consistunt, & ea specialitatis ratione admissa, jus accrescendi jam generaliter in quavis verbali conjunctione, imprimis quãdo condicio adjecta est,
locum

locum haberet, cum semper utiq; dubium sit, an condicio extitura, imò an alter ex conjunctis partem suam agniturus sit. Facit quod in ipso textu ratio decidendi non in eventu isto dubio, sed in ipsa conjunctione poni videatur, ita ut nihil intersit, utrum partes expresserit, modo conjunctim Titio & posthumis legatum fuerit. Adde *Val. Riemer. ill. qq. Dec. 7. q. 2.* Sed nec *Suev. d. c. 3.* nervum hujus fundamenti incidere videtur, dum in *d. l. 16. §. ult.* Titium & posthumos per se re & verbis conjunctos esse, & viriles portiones à testatore non toti legato adjectas, sed respectu posthumorum tantùm expressas existimat ideo, ut dubium removeretur, an si plures posthumi nascerentur, unius legatarii loco omnes habendi, an non habendi sint. Quemadmodum enim prius facilè concedimus hactenus, ut & verbis conjuncti re conjuncti sint, cum distinctio ista conjunctorum tantùm ab externa loquendi formula desumta sit, ut supra pluribus docuimus: ita posterius in conjectura & divinatione mera consistit, cum constet etiam sine expressione portionum virilium, tamen viriles partes habituros, ita ut si unus natus fuerit posthumus, dimidia legati pars ad Titium, si duo, tertia, si tres, quarta pertineat, *l. utrum. 7. ff. de reb. dub.* Cujac. propterea *in d. l. 16. §. ult. ff. de legat. 1.* jus accrescendi esse putat, quod testator, dum eos deliberato verbis conjunxit, pro re & verbis simul conjunctis habuisse intelligatur. *d. l. 66. ff. de hered. instit.* Verùm cum omnis vera conjunctio deliberato facta præsumatur, semper in dubio juri accrescendi etiam in conjunctione verbali locum fore dicendum est. Tertium fundamentum poni potest in *d. l. si ita quis. 66. ff. de heredib. instit.* ubi inter heredes æquis ex partibus institutos propterea jus accrescendi negatur, quod testator eos non conjungere, sed tantum celerius loqui voluerit. Ergò à contrario, si conjungere voluerit jus accrescendi omninò locum habebit. (4) Hanc sententiam non parum juvat, *l. re conjuncti. 89. in f. ff. de legat. 3.* ubi verbis tantùm conjunctos, re tantum conjuncto præferri dicitur; quod fieri non posset, si inter verbis conjunctos jus accrescendi planè locum non haberet: de quo textu infra pluribus agendum erit. Non obstat (1) *d. §. 8. de legat. & d. l. un. §. 11. C. de caduc. toll.* ubi tantùm re & mixtim conjunctorū

fit mentio. Respondetur enim id fieri tantùm exempli loco; exempla autem regulam restringere non solere: imò sub mixtim conjunctis & hos comprehendi posse, ut monet *Val. Riemer. ill. Q. Dec.* 7. q. 2. Ad reliqua quæ huic sententiæ opponi solent, patet responsio ex iis, quæ supra de verbis conjunctis, item de iis, quæ pro non scriptis habentur à nobis dicta sunt. *Adde Duar. lib. 1. de iur. accresc. c. 10. Donell. 7. comm. 13. ibiq. Hillig. lit. K. Dn. Scip. Gent. ad d. l. un. C. de caduc. toll. c. 26. Treutl. vol. 2. D. 13. th. 3. lit. C. & ibi latè Bach.*

## Ad effectum juris accrescendi pertinet etiam transmissio, qua jus adcrescendi ad heredes & quosvis successores transmittitur.

De transmissione hereditatis tàm antiqui quàm novi juris reg. est, eam, nisi adita fuerit, ad heredes non transmitti, *d. l. un. §. in novissimo. 5. C. de caduc. toll. ibiq. Dn. Scip. Gentil. c. 5.* qui & exceptiones ab hac reg. proponit, quæ ibidem videri possunt, ut & apud *Nic. Noalis in tractat. de transmiss.* Circa legata verò aliud receptum; cujus dies statim à morte testatoris ita cedit, ut legatarius legatum, etsi, antequam agnosceret, decesserit, ad heredes suos transmittat, *l. 3. l. 5. cum similib. ff. quando dies legator. &c.* Jus accrescēdi sive in hereditatibus sive in legatis versemur, ad heredes cæterosq; successores transmittitur, *l. qui patri. 59. ff. de adquir. vel omitt. hered. l. pluribus. 9. ff. de suis & legit. §. fin. Inst. de Orfic. SCt. l. hac scriptura. 26. §. 1. ff. de condic. & demonstr. Vasq. de success. progress. lib. 2. in præfat. n. 67. Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. c. 13.* Hic existit difficilis controversia, an jus accrescendi etiam ad particularem successorem, puta emtorem hereditatis transeat: ubi negativa cōmuniter recepta est, adeòq; in judicio fortassis sequenda, ut post alios monet *Vasq. d. lib. 2. §. 21. n. 65. & seq. & ex eo Dn. Scip. Gentil. d. c. 13.* Rationes hujus communis opinionis sunt, (1) quoniam jus accrescendi tantùm inter conjunctos obtinet, *l. 1. pr. ff. de usufr. accresc.* emtorem autem hereditatis & heredem, qui portionem suam

am repudiat, conjunctos non esse, expeditum est, per ea quæ supra de conjunctione in genere à nobis dicta sunt. (2) quia illi demum accrescit, qui personam defuncti repræsentat, *arg. pr. Inst. de stipul. servor. l. heres. 22. ibiq. Gloss. ff. de usurp. & usuc.* at venditor hereditatis non emtor defunctum repræsentat, *l. 2. C. de hereditate vel act. vendit.* (3) quoniam ad emtorem hereditatis nihil pertinet, nisi quod ad venditorem à morte testatoris usq; ad tempus venditionis pervenit, *l. 2. §. 1. ff. d. t. de hereditate vel act. vendit.* portio autem coheredis, utpote quæ post factam demum venditionem defecit, ad venditorem ante id tempus pervenisse dici non potest. (4) quia inter diverso jure succedentes jus accrescendi locum non habet, *l. 6. ff. de bon. poss. l. sive. 21. §. ex duobus. 2. ff. de jur. patron.* at jus & titulus heredis universalis, titulus emtionis singularis est: item emtio sicut & alii contractus toto genere differunt à testamentis & ultimis voluntatib. *l. verba contraxerunt. 20. ff. de V. S.* (5) quoniam is, qui semel heres est, heres semper manet, omniaq; jura directa retinet, *l. Ait. Prætor. 7. §. sed quid. 10. ff. de minor.* (6) quoniam illi portio deficiens accrescit, qui portionem possidet, *l. si Titia. 33. ff. de usufr.* at qui pretium hereditatis venditæ possidet, & rem ipsam possidere videtur, *l. quia qui pretio. 39. ff. d. t. de usufr. l. si quis. 4. §. ult. ff. si quis omiss. caus. test. ab intest. l. 22. ff. de heredit. petit. Jas. ad d. l. re conjuncti. 119. ff. de legat. 3. n. 126. & seqq. Ant. Gomez. 1. var. res. 10. n. 44. Coras. ad l. testamento. 6. C. de impub. & al. subst. n. 19. Cujac. 12. obs. 13. Fach. 5. contr. 101. c. 10 contr. 69. Joh. Suev. d. lib. 2. de jur. accr. c. 3* Contrarium placuit *Bart. in d. l. 89. de legat. 3. n. 26. d. lib. 2. de jur. accr. c. 6.* ubi hanc sententiam, adeò apertam esse dicit, ut probabilibus eam argumentis subvertere velle, parum prudentis consultiq; hominis esse videatur. *Dn. Scip. Gentil. d. c. 13. Arum. exerc. 13. th. 7.* Fundamenta eorum sunt (1) ex *d. l. 33. ff. de usufr.* ubi portio portioni velut alluvio accrescere dicitur: apud emtorem autem, non apud venditorem hereditatis portio est: quippe venditor totum jus suum in emtorem transtulit, *l. 2. & tot. t. ff. de hereditate vel act. vend.* Nec movet, quod jus accrescendi cum alluvione tantùm in eo conferri videatur, quod quemadmodum alluvio latenter, ita, ut intelligi

non possit, quantum quoquô temporis momento accedat, vicini prædio adjicit. *§. præterea. 20. Inst. de rer. divis.* ita & jus accrescendi coheredi vel collegatario portionem defectam latenter, id est ipso jure adjiciat, *l. qui ex duabus. 53. §. fin. ff. de adquir. vel omitt. hereditate. Suev. d. lib. 2. c. 2.* Nam imò non in hoc, sed in eo potius *d. loco* confertur alluvio & jus accrescendi, quod quemadmodum alluvio portioni semper partem adjicit, ita jure accrescendi in proprietate semper portio portioni accedat, ut *ex d. l. 33. in f.* satis apparet. Secundum fundamentum est, quoniam heres idemq; venditor omnia jura sua in emtorem transtulit, non tantum ea, quæ ad venditorem pervenerunt in id tempus, quô venditio facta est, *d. l. 2. §. 1.* sed etiam quæ quandoq; pervenerint, *d. l. 2. §. 4.* adeò ut in omnibus heredis loco habeatur emtor, *d. l. 2. §. cum quis. & passim. ff. de her. vel act. vend.* (3) quia & ad fideicommissarium non ad heredem fiduciarium jus accrescendi pertinet, *l. si totam. 83. ff. de adquir. vel omitt. hereditate*, quæ licet de eo loquatur, qui tacitè in fraudem legis fidem suam alicui accommodavit, *l. ex facto. 43. §. Julius. 3. ff. de vulg. & pupill. substit.* ratio tamen generalis est, quod rem habere non videatur; id est, licet semel heres factus, heres esse non desinat, tamen cum rem sive portionem hereditatis non habeat, nihil quoq; ipsi accrescere possit. *d. l. 83. ff. de adquir. vel omitt. hereditate.* Deniq; datô, sed citra veritatis præjudicium, partem deficientem heredi sive venditori accrescere, tamen in effectû emtori accresceret, quia venditor, ut alia hereditatis commoda, ita & hanc portionem emtori restituere tenetur, per *d. l. 2. de heredit. vel act. vend. Dn. Scip. Gentil. d. c. 3.* Ad rationes pro communi opinione adductas ita responderi potest, (1) emtorem hereditatis non ex sua persona considerari, sed quatenus in venditoris locum successit, ejusq; jure utitur: quo respectu coheredi omninò conjunctus dici potest emtor. Quemadmodum & (2) hac ipsa consideratione defuncti personam repræsentare non malè dici potest, hactenus videlicet, ut omnia commoda hereditaria adeoq; & jus accrescendi ad ipsum spectent, *arg. d. l. 2. de heredit. vel act. vend.* Ad (3) responsio patet ex fundamento nostro secundo, videlicet non tantùm ea, quæ venditionis tempore ad venditorem pervenerunt,

rant, sed etiam quæ quandoq; pervenerint, ad emtorem pertinere *d.l.2.§.4.* maximè cùm & hæc ipsa jam venditionis contractæ tempore in hereditate fuisse videantur: quippe ab initiò statim altero non concurrente vel deficiente, alteri tota hereditas totumvé legatum datum esse intelligitur, *d.l. un. §. 11. C. de cad. toll. Dn. Scip. Gentil. d.c.13.* (4) facilè quoq; corruit ex iis, quæ jam dicta sunt, quoniam emtor hîc non ex sua persona consideratur, sed quatenus planè in heredis locum succedit, ejusq; jure utitur. Ad (5) respondendum est, heredem quidem manere eum, qui semel factus est, sed nudo tantùm nomine, non re ipsâ, & in effectu, cum nihil hereditarii commodi retineat, *d. l. 43. §.3. ff. de vulg. & pupill. subst. d.l. 83. ff. de adquir. vel omitt. heredit.* Nam obstante eo, quod jus heredis retineat, neq; illud in emtorem transferre posset, cum ne Prætori quidem heredem facere concessum sit. *pr. vers. quis autem. Inst. de bon. posses. Suev. d c. 2.* Nam hoc de personali tantùm jure verum est, quod tanquam ossibus heredis cohærens ad alium transferri nequit: non de jure reali, quod post restitutam aut venditam hereditatem, ad fideicommissarium, vel emtorem transire omninò dicēdum est, *§. & Neronis. 4. juncto. §. sed quia. 7. Inst. de fideicomm. hered. d. l. 2. & tot. t. ff. de hereditate vel act. vend.* Adde de duplici hoc jure *Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 16. th. 10. lit. A. Valent. Riemer. illustr. Q. D. 5. q. 2.* Quod autem de Prætore adiicitur, planè huius loci non est, cum is directo quidem heredem facere nequeat, per datam autem bonorū possessionē hoc efficiat, ut in omnibus vice heredū bonorū possessores habeantur, *l. 2. ff. de bonor. possession.* Ad (6) deniq; respondetur, vēditorem qui pretium habet, videri quidem adhuc possidere hereditatem, sed re verâ non possidere: imò nec generaliter, sed in certis tantùm casibus pro possessore haberi non autem quoad hoc nostrum jus accrescendi, quod in portione reverâ possessâ tanquam alluvio locum habet, secundum *d. l. 33. inf. ff. de usufr.*

Accrescit autem deficiens pōrtio heredibus & invitis, & semper cum onere suo: le

gata

gatariis verò disjunctis sive re tantùm conjunctis invitis quidem, sed sine onere : verbis & mixtim conjunctis volentibus, sed cum annexo onere.

In heredibus indistinctè verum est, sive coniunctim, sive disiunctim instituti fuerint, ipsis portionem defectam etiam nolentibus & invitis accrescere, *l. qui ex duabus. 53. §. 1. ff. de adquir. vel omitt. hereditate, d. l. un. §. 10. C. de caduc. toll.* Ratio duplex reddi potest, una generalis, altera specialis. Generalis ad omnem hereditatem pertinet, quoniam absurdum est, eiusdem hereditatis partem agnoscere, & partem repudiare. *d. §. 10.* Heres enim fictione Juris vice defuncti fungitur, eiusq; personam repræsentat, *l. heres. 22. ff. de usurp. & usucap. N. 48.* id quod pro parte fieri non potest, cum ne natura quidem, quam eiusmodi fictiones imitari solent, *arg. §. 4. Inst. de adopt.* patiatur quenquam pro parte vivere, aut in rerum natura esse. *Duar. lib. 1. de jur. accr. c. 2.* Specialis & hereditati ex testamēto propria est, quod nemo in paganis pro parte testat' pro parte intestatus decedere possit. *§. hereditas. 5. Inst. t. de heredib. instit. l. jus nostrū. 7. ff. de R. J.* Excipiuntur tamen casus quidā, quibus & coheredibus pars deficiens non nisi volentibus accrescit, veluti in *N. 1. c. 1. §. 1. l. si minor. 61. & l. cum hereditate. 55. ff. de adquir. vel omitt. heredit.* de quibus videri potest *Don. lib. 7. com. 12. Duar. 2. de jur. accr. c. 1. Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. c. 14. Adde Val. Riem. Ill. Q. Dec. 7. q. 6.* Verùm semper accrescit portio cum onere suo tum æris alieni, tum legatorum & fideicommissorum, quæ à coheredibus relicta erant. Æquum enim est eum, qui commodum sentit aut sperat, etiam incommodum & onus annexum subire debere, *l. secundum. 10. ff. de reg. jur.* nec ferendus est, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. *d. l. un. §. 4. C. de caduc. toll.* Non obstat, *l. 1. §. pen. ff. de legat. 3.* ubi fideicommissum à primo gradu relictum, à secundo non deberi dicitur. Respondetur enim id propterea fieri, quoniam ii, qui posteriori gradu vocantur,

tur, nihil ex judicio & voluntate defuncti consequuntur, adeoq; nec onus, quod ei, qui primo gradu succedere potuit, injunctum fuit, præstare teneri. *Borch. D. Extraord. de jur. accr. th. 8.* Deinde non resistit *l. pater. 29. §. pen. & ult. ff. de legat. 2.* ubi pars deficiens coheredi sine onere fideicommissi accrescit. Respondet enim *Gloss. ad d. l. 29.* eam de jure antiquo loqui, quod per constitutionem D. Severi correctum sit, *l. si Titio. 61. §. 1. ff. eod. t.* Idq; probat etiam *Gothofr. & Borch. d. D. de jur. accr. th. 8.* Verùm cùm ad correctiones has facilè deveniendum non sit, ut sæpè monuimus, tutiùs fortasse est, ut dicamus in dubio rescriptum procedere, ut portio cum onere accrescat, sed excipi illum casum, quando alia fuit defuncti voluntas, *arg. l. licet. 74. ff. de legat. 1.* quæ hic ex eo colligitur, quod nominatim ab uno herede fideicomm. reliquerit, *arg. l. si duobus. 16. §. 1. ff. de legat. 1.* In legatariis distinguendum est inter disjunctos & conjunctos. Disjunctis sive re tantùm conjunctis pars deficiens invitis quidem, sed sine onere accrescit. V. gr. si ita legatum sit. Titio fundum cornelianum do, lego, Mævio eundem fundum do lego, si heredi 10. dederit: Mævio repudiante totum fundum Titius etiam invitus habebit, sed sine onere, *d. l. un. vers. sin verò non omnes. de cad. toll.* Ratio est, quia singulis ab initio verbis testatoris solidus fundus legatus est, ita ut uno deficiente, alter eum non ex aliena, sed ex propria sua persona accipere videatur, adeoq; cum unam partem agnoverit, alterum quoq; habere cogatur. *l. si cui. 58. ff. de leg. 2.* quia nemo potest ejusdem rei ledatæ partem habere, & partem repudiare, *l. 4. ff. d. t.* Cui consequens est & hoc, ut cum non alienum, sed suum legatum habeat, onus alteri injunctum ad ipsum non pertineat. *d. l. un. §. 11. inf. de caduc. toll. Don. lib. 8. comm. 21. Duar. d. lib. 2. c. 1. Suev. lib. 3. c. 2. & Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. c 17.* Contrarium verò in conjunctis, sive verbis & re simul, sive verbis tantùm conjuncti fuerint, constitutum est, ut iis pars deficiens quidem volentib. sed cum onere annexo pars accrescat: veluti si ita scriptum sit, Titio & Mævio, si 10. heredi dederit, fundum do lego Mævio partem suam repudiante ea Titio non nisi volenti accrescit, sed tamen cum onere 10. dandorum, *d. l. un. §. 11. pr. C. de caduc. toll.*

Cum enim hi omnes ab initio partes vel expreſsè vel tacitè à teſtatore datas habere videantur per ea quæ ſupra dicta ſunt, uno ex cõjunctis deficiente, portio ejus alteri ex perſona deficientis deferetur, ideoq; jure ejus uti is debebit, *arg. l. qui in jus. 177. pr. ff. de reg. jur.* quod hoc fu t, ut partem ſuam non niſi volens, ſed cum onere ſuo acquirere poſſet; *d. l. un. §. 4. de caduc. toll. Ant. Gomez. 1. var. reſ. 10. n. 43.* Adde *Ant. Fab. de error. pragm. Dec. 50. err. 3. ubi ſemper pluribus inſectatur.* Idq; verum eſt, ſive onus in dando, ſive in faciendo conſiſtat, niſi forte tale ſit factum, quod per alium impleri non poſſit: tunc enim onus iſtud legatum non ſequitur, *d. l. un. §. 9. & ibi Dn. Scip. Gentil.* Idem dicendum de iis, quæ pro non ſcriptis habentur, ut nempe & ea conjuncto ſine gravamine accreſcant, *d. l. un. §. 3. C. de cad. toll.* Ratio eſt, quoniam legatum, quoad portionem hanc ab initio non valuit, adeoq; tàm ipſa, quàm gravamen adjectum pro non ſcripto meritò haberi debet, ut rectè *Duar. d. lib. 2. c. 2.* Non obſtat *l. civitatibus. 122. §. 1. ff. de legat. 1.* Reſpondetur enim in ſpecie *d. §.* portionem deficientem pro non ſcripto non eſſe, utpote quæ ab initio utiliter relicta, & poſtea repudiata fuit: ſed ipſum coheredem, ſive conjunctum qui heres non extitit, pro non ſcripto, & non inſtituto haberi, *Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. c. 3.* Minus movet *Auth. hoc amplius. C. de fideicomm.* Nam ea de iis quæ tanquam indignis eripiuntur, loquitur, quæ licet regulariter ad fiſcum pertinere ſoleant, *l. 2. & tot. t. ff. de his quæ ut indign.* excipitur tamen inter alios etiam is caſus, quo heres voluntatem defuncti nõ implevit *d. Auth. hoc amplius. & N. 1. c. 1. §. 1. Dn. Scip. Gentil. d. c. 3.* Adde eundem *c. 18. ad d. l. un. de caduc. toll.* Interim tamen & ea, quæ pro non ſcriptis ſunt, cum onere ad conjunctos pertinent: veluti ſi quis ſervum ſua manu ſibi legatum aſcripſerit, eumq; manumittere rogatus ſit, hîc ſervus ad coheredes omnes, cum onere tamen manu mittendi pertinet, *l. cum quidam. 17. ff. ad l. Corn. de falſ.* Ratio eſſe videtur, quoniam delictum legatarii, qui ſibi ipſi legatum aſcripſit, ad aliorum præmium pertinere non debet, *l. ult. ff. de his, quæ pro non ſcript.* Huc quoq; pertinet *l. cum verò. 26. §. ſi pro non ſcripto. 6. ff. de fideicomm. libert.* ubi legatario injunctum fuit onus ſervi legati manumittendi: quod cum eſſet inutile & pro non

ſcripto

scripto penes heredem mansit, sed cum onere tamen servum istum manumittendi. Respondetur enim hoc favore libertatis ita receptum esse, *d. l. 26. §. 6. in f.* pro qua & aliàs multa contra rigorem juris constituta non ignotum est, *l. generaliter. 24. §. si quis. 20. ff. eod. tit.*

## Adjunctum juris adcrescendi est prælatio conjunctorum, ut conjuncti sive mixtim sive verbis tantùm conjuncti fuerint, semper disjunctis præferantur.

In concursu Conjunctorum aut omnes unius generis sunt; puta re tantùm, vel verbis tantùm, vel re & verbis simul conjuncti; aut conjuncti disjunctis mixti: priori casu pars deficiens omnibus, qui suas partes agnoverunt, pariter accrescit. V. gr. Si ita in testamento scriptum fuerit, Titius, Cajus & Sempronius heredes sunto: Uno deficiente, portio ejus reliquis ex æquo accedit, *d. l. un. §. 10. C. de caduc. toll.* Nisi tamen quidam in eandem rem specialius, & magis conjuncti reperiantur: veluti Titius & fratris mei filii heredes sunto, *l. interdum. 13. ff. de heredib. instit.* vel Titio & heredibus meis usumfr. lego. *l. si quis. 7. ff. de usufr. accr.* Quo casu licet omnes re & verbis conjuncti sint, tamen qui collectivo nomine fratrum vel heredem vocantur, magis conjuncti censentur: ideoq; si unus ex filiis fratris, vel heredibus moriatur, portio ejus solis fratribus reliquis, aut heredibus, nihil Titio accrescet: quippe filii isti vel etiam heredes, in unum quasi corpus redacti sunt, *arg. d. l. un. §. 10. vers. hoc ita variè. C. de caduc. toll.* uniusq; personæ vice funguntur, *d. l. 34. in f. pr. ff. de leg. 2.* proindeq; ita conjuncti non plus ferunt, quàm solus Titius. *d. l. 7. de usufr. accr. Vasq. de success. progress. lib. 3. §. 22. n. 14. & 20. Don. 7. comm. 13. Duar. 2. de jur. accr. c. 9. Dn. Scip. Gentil. d. tr. c. 11. & c. 16. inf.* Non obstat *l. Lucius. 88. §. Lucius. 6. ff. de legat. 2.* ubi prædio libertis & Sejæ alumnæ dato, omnes ad viriles partes vocati intelliguntur. Respondetur enim ea quæ supra

dicta sunt, ut collectim vocati pro una persona habeantur, in dubio procedere, quando videlicet de aliter testantis vel disponentis voluntate non constat, *arg. d. l. 13. de heredib. instit.* ubi si testator ita scripserit, Titius & fratris mei filii æquè heredes sunto, omnes ex virilibus partibus instituti censentur: at in specie *d. l. 88. §. 6.* perspicua est testantis voluntas, omnes ad viriles partes vocantis, ut ipse JCt. monet *inf. d. §. 6.* partim ex eo, quod primò omnes libertos & libertas conjungit, deinde Sejam alumnam adjicit, quam sub appellatione libertorum comprehendi expeditum est, *arg. §. justæ autem. 5. Inst. qui & ex quibus causis manumitt. non poss.* partim ex scopo disponentis, qui fuit non tam hujus vel illius in specie, quam familiæ rationem habere, ut legatum relictum, donec ad unum perveniat, extra familiam alienari non debeat, *d. l. 88. §. 6. Borch. in d. D. de jur. accr. ad th. 4. pag. (mihi) 80.* Adde *Dn. Scip. Gentil. d. c. 16.* Minus movet *l. si chorus. 79. pr. ff. de leg. 3.* ubi si chorus vel familia legetur, perinde est, ac si singuli homines legati fuerint. Respondetur enim hoc verum esse secundum quid, non simpliciter, nimirum ut singuli servi peti possint, non etiam quoad alia, ut scindi legatum possit: quod fieri non posse verius videtur. Deinde *d. l.* agit de rebus legatis sub collectivo nomine: at nos hic agimus de personis, quibus ita hereditates vel legatum relinquitur. Deniq; ibi nulla est conjunctorum permixtio: nos autem hic de eo tractamus casu, quando aliqui collectivo nomine, alii proprio vocati sunt. *Dn. Scip. Gentil. d. c. 16. in fin.* Et hæc de priori casu sufficere possunt. Posteriori verò quando conjuncti disjunctis mixti sunt, ita obtinet, ut uno ex disjunctis deficiente, pars ejus cæteris omnibus accrescat: uno autem ex conjunctis repudiante, portio ejus solùm ad conjunctos pertineat. V. gr. si heredes hoc modo instituti sint: primus & secundus mihi heredes sunto: Tertius heres esto; Quartus heres esto: Quintus & Sextus æquis ex partibus heredes sunto. In hoc exemplo omnia tria conjunctorum genera concurrunt, primus enim & secundus re & verbis simul, Tertius & quartus re tantùm Quintus & Sextus tantùm verbis conjuncti sunt: si itaq; unus ex re tantùm conjunctis, fortè tertius defecerit, par eius non Quarto solùm, sed omnibus accrescit:

crescit: quia par omnium condicio est, & omnes Tertio re conjuncti, ita ut nulla possit esse ratio, cur Quartus cæteris præferri debeat. Sed ita tamen accrescet, ut conjuncti unius personæ vice fungitur, nec plus, quàm disjunctus accipiant, *d. l. 34. pr. ff. de legat. 1. l. 11. l. 13. ff. de heredib. instit.* conseq. in exemplo proposito non quinq; sed tres tantùm partes faciendæ sint. *Don. d. lib. 7. c. 13.* Quod si verò primus partem suam repudiaverit, ea soli secundo, tanquam re & verbis conjuncto accrescit, non etiam cæteris, qui omnes ab his disjuncti sunt, vel quod idem est, re tantùm conjuncti: oportet autem conjunctum utroq; modo præferri ei, qui altero tantùm conjunctus est, *l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. Duar. d. lib. 2. de jur. accr. c. 12.* Idem dicendum si Quintus defecerit: videlicet & hujus partem soli Sexto accrescere; cum reliqui omnes ipsi re tantùm conjuncti, verbis verò ab eo disjuncti sint: constet autem & verbis conjunctum, re tantùm conjuncto præferendum esse; *d. l. 89. in fin.* ubi licet *Rogerius* postrema legis verba: (& magis est, ut & ipse præferatur,) ad re tantùm conjunctum, *Johannes* verò ad mixtim sive re & verbis conjunctum referat, ut videre est apud *Accurs. in d. l. 89. ff. de legat. 3.* Posterioremq; opinionem etiã amplectatur *Gœdd. ad l. triplici. 142. n. 11. ff. de V. S Vasq. d. lib. 3. de success. progress. §. 22. n. 28.* tamẽ nec constructionis ratio, nec scopus *JCti* has interpretationes ferre videtur. Proposita enim fuit à *Paulo* sub finẽ *l.* de verbis tantùm conjuncto quæstio, an & is præferẽdus sit re tantùm conjuncto, unde & responsio, subiecta vel decisio non ad re tantùm, vel re & verbis simul, sed ad verbis tantùm conjunctum referri debet, ut rectè *Fumæ. de conjunctionibus c. 10. n. 2. Alciat. ad d. l. 142. n. 5. Costal. ad l. 1. §. idem ait. 2. ff. de usufr accr. & Dd. Comm.* teste *Jas. ad d. l. 89. n. 40.* Neq; obstat quibus vulgò in contrarium moventur (1) quia inter verbis tantùm conjunctos jus accrescendi non est. Nam hoc falsum esse præsuppositum, patet ex iis, quæ supra hac ipsa de quæstione à nobis dicta sunt. Ex quibus simul & illud colligitur, *l. 66. ff. de heredib. instit.* frustrà huc afferri, utpote in qua non de verbis conjunctis, sed propter voluntatem testatoris de disjunctis & separatis, sive re tantùm conjunctis sermo est: quemadmodum & *l. Mævio. 41. ff. de leg. 2.* non

de verbis, sed re tantùm conjunctis accipiendam esse supra ostendere conati fuimus. Deinde quia tam re quam verbis conjuncti eâdem nituntur ratione, cum uterq; partim expressam, partim tacitam voluntatem defuncti pro se habeat, adeoq; neuter alteri præferri, sed uterq; simul admitti debeat. *Bart. & Dd. comm. teste Vasq. d. n. 28.* Respondetur negando eos per omnia pari ratione niti, cùm conjuncti propter unitatem sermonis in unum quasi corpus redacti sint, ut supra monuimus; quod de re tantum conjunctis dici non posse expeditum est. Adde de hac controversia *Don. d. c. 13. Duar. d. lib. 2. c. 7. & c. 13. Vult. ad §. fin. Instit. de donat. n. 10. Cujac. lib. 24. obs. 34. Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. de caduc. toll. c. 16. Suev. de jur. accr. lib. 3. c. 1. & Bach. ad d. D. 13. th. 3. lit. H.*

## Cessat jus accrescendi vel propter voluntatem disponentis, vel aliam aliquam rationem.

Quemadmodum voluntas defuncti jus accrescendi constituit, ut supra docuimus, ita eadem illud vicissim impedit vel expressè vel tacitè. Expressè quando testator vel directè jus accrescendi prohibet, qua de re supra in effectu juris accrescendi egimus. Vel per indirectum, quando non quidem directè jus accrescendi prohibet, sed eo heredi tamen vel collegatario substitutum assignat, *l. 2. §. pen ff. de bon. poss. secundum tabb. d. l. un. §. 1. 2. & passim C. de caduc. toll.* Tum enim substitutum conjuncto præferri dubitandum non est, cum substitutus expressam, conjunctus tacitam tantùm voluntatem defuncti habeat: major autem vis expressi, quàm taciti plerumq; esse soleat, *arg. l. nonnunquam. 52. ff. de condic. & demonstr. Borch. d. D. de iur. accr. th. 7.* Non resistit *l. quidam. 30. ff. de vulg. & pupill. Substit.*, ubi coniunctus substituto satis apertè præfertur. Respondetur enim, id propterea fieri quoniam condicio substitutionis, quæ ibi adiecta erat, non extitit, atq; ita substitutio nullius momenti fuit, ut rectè *Duar. d. lib. 2. c. 26. Dn.*

Scip.

*Scip. Gentil. ad d. l. un. de caduc. toll. c. 3. Borch. d. th. 3.* Illud nihil referre volunt, utrum expressa fuerit substitutio, an tacita: cum & tacita ius accrescendi excludere videatur, *arg. l. fin. C. de heredib. instit. & l. fin. C. de instit. & substit. Vasq. d. lib. 2. de success. progress. in præfat. n. 15. & seqq.* ubi pluribus hoc persequitur. Sed nec illud secundum quosdam interest, utrum valida an invalida sit substitutio, *arg. l. pen. pr. ff. de injust. rupt. & irrit. test. ibiq. Bart.* Verùm contraria opinio omninò verior est, videlicet substitutionem invalidam nunquam ius accrescendi excludere, *l. si tamen ex parte 76. & l. si solus. 80. pr. ff. de acquir. vel omitt. hered.* maximè cum nec utilis quidem substitutio ius accrescendi aliter impediat, quàm si effectum sortita fuerit, ut rectè docet *Duar. d. lib. 2. de jur. accr. c. 16.* Nec movet *d. l. pen. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Respondetur enim ius accrescendi non propterea impediri, quod substitutio sit inutilis, sed quia neq; heres suam habeat partem propter testamentum ruptum, ex quo adiri hereditatem aut aliquid acquiri non posse expeditum est, nec portio coheredis reverà vacabat, utpote quam filius præteritus occupaverat. *Vasq. d. præfat. lib. 2. n. 70. & seq. aliquot.* Tacitè ius accrescendi testator excludit in legato alimentorum, in quo eo ipso dum in alimenta quid legavit, voluisse videtur, ne ultra modum alimentorum quicquam singuli legatarii habeant. *l. dominus. 57. §. 1. ff. de usufr. ibi Gloss.* Deniq; & præter voluntatem testatoris ex aliis causis ius accrescendi cessat, ut in casu *l. 6. ff. de bon. poss. l. 3. §. sed etsi. 3. ff. de legat. præstandis. l. mulieri. 74. ff. de condic. & demonstr. & similib.* de quib. videri potest *Duar. d. lib. 2. de jur. accr. c. 17. & seq. & Vasq. lib. 3. de success. progress. §. 23.*

*CAP.*

# CAPUT VI.

## DE MODIS, QUIBUS ULTIMÆ VOLUNTATES INFIRMANTUR.

ITa constituta ultima voluntas infirmatur vel contrariâ disponentis voluntate, vel actu aliquo citra ejus voluntatem.

Ubi notandum non de quovis testamenti vel ultimæ voluntatis vitio nobis hic sermonem esse, sed de eo tantùm, quod testamento rectè condito vel ultimæ voluntati iam constitutæ supervenit, *arg. pr. Inst. quib. mod. test. infirm.* Nam quæ ab initio statim nullius momenti sunt, fortè quod testator testamenti factionem non habuerit, vel non secundum iuris regulas testatus sit, *l. 4. ff. qui test. fac. poss.* rescindi aut infirmari non dicuntur. *l. 5. ff. de injust. rupt. & irrit.* §. *hoc autem. 5. Inst. d. t. quib. mod. test. infirm.* Nisi fortè impropriè, quatenus interdum & ea testamenta, quæ propter defectum solennitatis necessariæ ipso iure nullius momenti sunt, rescindi & evacuari dicuntur, *N. 115. c. 3. & 4.* Quemadmodum & alia negotia quæ iure ipso pro nullis habentur, infirmari, rescindi, revocari nonnunquam dicuntur, *l. 1. §. 1. in f. ff. de fer. l. hoc modo. 64. §. 1. ff. de condic. & demonstr. l. 1. C. qui manumittere non poss. cum similibus.*

Voluntas contraria vel verbis, vel factis declaratur. Verbis quando testator adhibitis

bitis legitimis testibus priorem suam dispositionem revocat.

Testamentum solenne & perfectum non aliter posteriori testamento infirmari potest, quàm si illud jure perfectum sit, §. *posteriore. 2. Inst. d. t. quib. mod. test. infirm.* neq; adeo sufficit, quod postea testator id valere noluerit, §. *pen. Inst. d. t.* Nisi fortè coram tribus testib. vel apud acta alicujus judicii hanc suam voluntatem declaraverit, & post declarationem hanc decennium elapsum fuerit, *l. sancimus. 23. C. de testam. ibiq; Gloss. & Dd. comm.* adeò ut nihil agat testator, etiãsi simul ab intestato se decedere velle dixerit, ut rectè contra comunem sententiam post alios à se allegatos docet *Fachin. 4. contr. 8. & Bach. ad d. §. pen. Inst. quib. mod. test. infirm. n. 2. & ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. 7. lit. B.* Aliud fortè dicendum in codicillis, aliisq; ultimis voluntatibus minus solennibus, ut videlicet ex etiam nudâ voluntate legitimè probatâ revocati & infirmari intelligantur, *arg. d. §. pen. Inst. quib. mod. test. infirm. & d. l. 27. C. de testam.* qui textus cum de testamentò solenni apertè loquantur, ad alias minus solennes ultimarum voluntatum species porrigi posse non videntur. Deinde idem apertius probat textus in *l. si jure. 18. ibi: quia nuda voluntate fideicommissa infirmantur. ff. de legat. 3.* Facit quod militis testamentum semper novissima voluntate rescindatur, *l. ejus militis. 34. §. fin. ff. de test. milit.* cujusmodi testamentum jure gentium citra solennitates civiles valere communiter receptum, adeoq; nudâ voluntate legitimè tamen probata revocari posse verisimile est, *arg. l. nihil. 35. ff. de R. J.* Non obstante, quod testamentum inter liberos, quod & ipsum ad simplicitatem juris gentium redactum Dd. volunt, ne quidem per posterius testamentum imperfectum tollatur, *Auth. hoc inter. C. de testam. N. 107. c. 2.* Respondetur enim favore liberorum receptum esse, ut testamentum patris inter liberos, non nisi alio ritè perfecto testamento infirmari possit, *arg. d. N. 107. c. 2.* nisi forte & posterius inter liberos factum sit, majoremq; favorem liberorum contineat. Hoc enim casu per posterius imperfectum prius omninò tolli tra-

dunt *Dd. comm. teste Sichard. ad d. Auth. hoc inter n. 4.* Præterea & in nuncupativo tantum nudam testatoris voluntatem coram 7. testibus declaratam, ad revocationem sufficere volunt, *arg. d. l. 35. de R. J. Hotom. & wesemb. ad d. pen. quib. mod. test. infirm.* Quorum opinionem cùm nullo juvetur textu, & testamentum nuncupativum non minus solenne testamentum sit, quàm in scriptis factum *§. ult. Inst. de testam.* meritò in medio relinquit *Bach. ad d. §. pen.* Illud hic videndum, quotnam testes in revocanda voluntate ultima adhibendi. Et in conficienda ea regulariter 5. testes requiri patet *ex l. ult. C. de codicill.* Unde dicendum videbatur & in infirmanda eadem 5. ad minimum testes necessarios esse, *arg. d. l. 35. ff. de R. J.* Sed aliud visum *Don. 7. comm. 19.* qui etiam pauciores testes ad revocationem codicillorum sufficere existimat, *per d. l. 18. de legat. 3.* ubi fideicommissa, quæ codicillis ut plurimum relinqui solebant, *pr. Inst. de codicill.* nuda voluntate infirmari dicuntur. Ratio, quoniam & codicilli ab initio nudâ voluntate constituti fuerint, *arg. d. pr. & §. ult. Inst. de codicill.* Quod licet postmodum à *Theodos.* (vel potius à *Justin.* ut *Giph.* placet *ad l. ult. §. ult. C. eod. t.*) mutatum, & quinq; testes in codicillis & quavis ultima voluntate requisiti fuerint, *d. l. ult. §. ult.* attamen eadem constitutione id non mutatum reperitur, quod nudâ voluntate infirmari codicilli possint, adeoq; hoc jus vigere adhuc credendum est, *arg. d. l. 27. C. de test. & l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellat. Bocer. class. 2. D. 6. th. 49. lit. A.* Verius ergo fortassis est ad revocationem codicillorum aliarumq; ultimarum voluntatum, testamento excepto, duos testes, vel etiam scripturam disponentis certam & indubitatam sufficere, *arg. d. l. 18. ff. de leg. 3.* Sed & testamenta quædam duobus testibus vel testatoris scriptura infirmantur, ut de militis testamento, & patris inter liberos, si posterius favorabilius sit liberis, supra diximus. Idem ferè dicendum de testamento ad pias causas facto, quod cum ex juris Canonici dispositione coram duobus testibus fieri possit, *c. relatum. 11. extra de testam.* per posterius quoq; coram duobus testibus factum tolli rationis est, *arg. d. l. 35. ff. de R. J.* adeò ut licet prius testamentum ad pias causas

causas coram 7. testibus factum fuerit, nihilominus tamen posteriori coram duobus ordinato revocetur, ut post alios à se allegatos docet *Vasq. de success. resol. lib. 1. §. 1. n. 10.*

## Factis declaratur voluntas, quando testator tabulas testamenti rescindit, resignat, vel delet.

Primum igitur factum est rescissio, sive testator ipse, vel ejus jussu alius testamenti tabulas incidat, rumpat, frangat, *l. pen. C. de test. l. pen. §. ult. de bon. possess. secundum tabb. l. 1. §. sed consulto. 3. vers. & siquidem. ff. de his quæ in test. delentur, l. ult. ff. de injust. rupt. & irrit.* Secundum est, si testator signa testamenti amoveat, aut turbet, quamvis postea per se ea reponere conatus sit, *d. l. pen. C. de test. l. ad testium. 22 §. signa. 3. ff. qui test. fac poss.* Quod si tamen voluntate ejus à 7. testibus tabulæ signatæ fuerint, testamentum tam civili, quam Prætorio Jure valere docet *Ulpian in l. testamentum. 23. ff. d. t.* Illud non refert, utrum amotio illa signorum ante consummationem testamenti, an posteam facta fuerit. Nam etsi post solennia testator signa turbaverit, testamentum infirmari verius est, ut contra *Accurs.* docet *Cujac.* ad *d. l. 22. §. 3. ff. qui test. fac. poss.* Tertium deniq; factum est deletio testamenti; si fortè testator ipse obliterando aut cancellando scripturam testamenti sui inducat, *d. l. 1. §. 3. & 4. ff. de his quæ in testam. del. l. 1. §. pen. ff. si tabb. test. null. extab. und. lib.* Quæ tamen omnia ita demum procedunt, si consultò ab ipso testatore, vel alio ejus jussu rescissio, resignatio aut deletio facta fuerit. Nam si casu aut ignorante, vel invito testatore istorum quid contigerit, ratum nihilominus manet testamentum, si modo legi aut intelligi utcumq; scriptura possit, *d. l. pen. C. de test. d. l. 1. pr. & §. 3 ff de his quæ in test. del. &c. ibiq; Cujac.* Distinguendum autem hic est, utrum ante an post consummationem testamenti quid deletum fuerit. Si in ipsa testamenti confectione aliquid consultò ab ipso testatore de-

 letum.

letum sit, id pro non scripto habebitur: si inconsultò, valebit, si modò legi, id est oculis percipi possit: quod si legi non possit, etiamsi inconsultò deletum, etiamsi extrinsecus possit intelligi, nihilominus invalidum erit, *d. l. 1. pr. & §. 1. & 2. ff. de his quæ in test. delentur.* Aliud est si post perfectum & consummatum testamentum quid in eo deletum fuerit. Tum enim siqu dem consultò factum, non quidem pro non scripto habetur, sed petens exceptione submovendus est: si verò inconsultò, non obstante exceptione id peti potest, etiamsi fortè legi nequeat, modò aliundè probabiliter possit intelligi. *d. l. 1. §. 3.* Ratio differentiæ quoad prius est, quod post consummatum & perfectum testamentum, inductio ista vel cancellatio ad revocandum testamentum sufficere non videatur: quāvis exceptio ex mente testatoris meritò danda sit: quoad posterius verò, quod testator etiam inconsultò aliquid delens, ita ut legi non possit, eo ipso dum testamentum absolvit & perficit, deletionem istam probare videatur: quæ ratio cùm cesset in eo, quod post consummationem testamenti inconsultò deletum est, mirum non est, si id ipsum peti possit, sive legi, sive non legi possit, modò aliundè probabiliter testatoris voluntas colligi valeat, *d. l. 1. §. 3. Duar. ad d. de injust. rupt. & irrit. test. c. 5.* Illud quoq; omittendum non est, quod in dubio, si deletum vel rescissum testamentum apud ipsum testatorem reperiatur, ab eo quoq; consultò deletum vel rescissum præsumi debeat, *arg. d. l. 1. de his quæ in test. del. Joh. Fab. ad d. §. pen. Inst. quib. mod. testam. infirm. Franc. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 2. t. 1. n. 28. Zas. lib. 1. cons. 2. n. 1.* Excipitur (1) casus libertatis relictæ, cujus favore deletum pro non deleto haberi constat ex *l. 3. ff. d. t.* (2) ea quæ ad aliam piam causam, forte pauperibus relicta sunt; nam quod de libertate ab *Imp. Antonino in d. l. 3.* constitutum est, ad quamvis piam causam vulgo producunt. *Duar. d. c. 5. Vasq. lib. 1. de success. resolut. §. 4. n. 2.* (3) ut ea tantùm infirmentur quæ deleta sunt, reliqua salva maneant, *d. l. 1. de his quæ in test. del.* Id quod in legatis, fideicommissis aliisq; testamenti capitulis expeditum est, utpote sine quibus testamentum esse & subsistere potest: at in heredis institutione dubium exinde oritur, quod nemo in paganis pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit, *l. jus nostrum.*

7. ff

7. *ff. de R. J.* nec ullum testamentum sine heredis institutione intelligi. §. *ante. 34. Inst. de legat.* Nihilominus & in heredis institutione idem statutum est, ut deletâ eâ, legata atq; fideicommissa salva atq; integra maneant, *d. l. 3. ff. de his quæ in test. delentur.* Quæ licet de speciali & impræsentiarum proposito casu loqui videatur; postquâ tamen in corpus juris à compilatoribus relata est, generaliter omninò accipienda: imprimis propter rationem subjectam, quod in dubio cum de mente delentis non constet, benigniorem interpretationem sequi non minus justius sit, quàm tutius. *Bach. in not. ad Wesenb. ad d. t. de his quæ in test. del.* Nec movent rationes dubitandi; quoniam utraq; ad initium testamenti referenda est, ut nemo ita condere testamentum possit, ut pro parte testatus decedat, nec quisquam testamentum sine heredis institutione facere, ex post facto autem, quemadmodum fieri potest, ut quis pro parte testatus decedat, *l. nam etsi. 15. inf. l. mater. 19. & l. circa. 24. ff. de inoff. test.* ita quoq; inconveniens non videtur, heredis institutione viciata, legata & fideicommissa valere; si non jure testamenti, quod sine heredis institutione sustineri posse non videtur, *l. non codicillum. 14. C. de test.* saltem in vim codicillorum *l. si idem. 7. C. de codicill.* Sed quid de patris testamēto inter liberos, nā & hoc incisione, inductione vel cancellatione tolli dicemus? Negativa probari videtur, non tantùm per textum generalem, *in d. §. pen. Instit. quib. mod. test. infirm.* ubi non aliter prius testamentum rumpitur, quàm si posterius legitimè & solenniter perfectum fuerit: sed etiam specialem *in N. 107. c. 2.* ubi ad hoc ut primum testamentum inter liberos tollatur, duo copulativè requiruntur, unum ut expresſè fiat coram 7. testibus, prioris testamenti revocatio; alterum, ut alia voluntas condatur. Quorum neutrum resciſſione vel deletione intervenisse dici potest. *Angel. in l. pen. C. de test. n. 1. Alex. n. 2.* Verùm affirmativa ut communius recepta, ita verior quoq; est, tum per *d. l. 1. ff. de his quæ in test. del.* ubi testamentum indistinctè resciſſione vel deletione tolli dicitur: at textu non distinguente, nec nostrum est distinguere, vulgata *l. de pretio. 8. ff. de publ. in rem. act.* tum per *d. N. 107. c. 2.* ubi textus in illis verbis: Siquidem ad mortem maneat hoc Schema, &c. requirere videtur, ut post mortem integrum manere debeat, quod de-

de testamento rescisso vel cancellato dici non potest, *arg. l. 2. C. de Edict. D. Hadr. toll.* Non obstant quæ pro negativa opinione supra adducta sunt. Nam prius procedit in contraria voluntate verbis expressa, ut ex ipso textu satis constat: hic autē de ea est sermo, quæ facto expeditur, rescissione videlicet vel deletione, *d. l. 1. de his quæ in test.* quam firmiorem esse nuda verbali revocatione majoremq; vim habere rectè monet *Vigl. Zuich. ad d. §. pen. Inst. quib. mod. test. infirm. n. 4.* Posterius verò exinde refellitur, quod *Imp. in d. N. 107. c. 2.* de eo casu tantum loquatur, quo pater aliud testamentum condere vult, atq; ita prius tollere: non si nullo testamento condito, simpliciter intestatus decedere cupit; quo casu expeditissima est ratio, si testamentum rescindat, inducat, vel cancellet, *arg. d. N. 107. c. 2. Adde omninò Hieron. Panthsmann. lib. 2. q. juris controv. 83.*

## Alio aliquo actu præter voluntatem defuncti, ultimæ voluntates infirmantur vel capitis deminutione, vel desertione.

Infirmantur voluntates ultimæ vel ipso jure, sive juris potestate vel officio judicis. Et juris potestate vicissim vel ruptione, puta agnatione sui heredis & posteriori testamento; vel in irritum deductione, puta capitis deminutione & desertione, *pr. & tot. t. Inst. quib. mod. test. infirm.* officio judicis per querelam inofficiosi & bonorum possessionem contra tabb. *l. 1. & tot. t. ff. de inoff. test. & de bon. poss. contra tabb.* Verùm duo tantùm ex his generales sunt, capitis videlicet deminutio & desertio, reliqui modi ad testamentū in specie pertinent, de quibus infra suo loco dicendum erit. Primo igitur tolluntur voluntates ultimæ capitis deminutione, quando testator priorem statum mutat, & maximam, mediam vel minimam capitis deminutionem patitur. *§. alio autem. 4. Inst. quib. mod. test. infirm.* Et de maxima quidem & media capitis deminutione res expedita est. Sive enim quis libertatem amittat, quod maxima, sive

sive civitatem, quod media capitis deminutione contingit, constat eum tanquam servum, vel peregrinum in civitate successorem habere non posse, *l. si quis 6. §. irritum. 5. cum duobus seqq. ff. de injust. rupt. & irrit.* Nec obstat, quod furor & prodigalitas superveniens testamentum rectè factum non infirmet. *§. 1. & 2. Inst. quib. non est permissum facere testamentum.* Respondetur enim ea in facto consistere, adeoq; testamentum, quod juris civilis est, tollere non posse, *arg. §. ult. in f. Inst. de legit. agnat. tut.* quemadmodum nec statum testatoris concernunt, cum capitis deminutione statum priorem omninò mutet testator, & jure ad testamentum aut quicquam disponendum planè inhabilis reddatur, *d. §. 1. & 2. quibus non est permiss. fac. test. & d. §. 4. quib. mod. test. infirm. ibiq; Ægyd. Hortens.* Deinde non resistit, quod testamentum ejus, qui ab hostibus captus, adeoq; servus effectus est, semper valeat. *arg. §. si ab hostib. 5. Inst. quib. mod. jus patr. potest solv. §. ult. Inst. d. t. quib. non est permiss. fac. test.* Responsio enim in ipso textu est, videlicet, id jure singulari & favore publico ita constitutum esse, ut siquidem, is qui testamento facto, ab hostibus captus est, in civitatem redierit, testamentum jure postliminii valeat, quasi nunquam captus, sed semper in civitate fuisset: si verò apud hostes decesserit, subsistat ex L. Cornelia, quæ fingit nunquam captum, sed statim in ipso prælio interemtum fuisse, *d. §. ult. quib. non est permiss. fac. test. & l. 1. in f. C. de postliminio reverf. &c.* Illud hic obiter notandum, quod in *d. l. 6. §. ejus qui. 7. ff. de injust. rupt. irrit.* dicitur deportati testamentum non aliter irritum fieri, quàm si Princeps factum comprobaverit, id de eo, qui à Præside condemnatus est, accipiendum esse, qui cum jus deportandi non habeat, damnatus non prius civitatem amisisse videtur, quam Princeps factum Præsidis comprobaverit, *l. 1. §. deportatus. 3. ff. de legat. 3. l. 3. §. 1. ff. de pæn.* Quod si à Præfecto Prætorio, Præfecto urbi, vel Proconsule, quib⁹ jus deportandi datum est, quis deportatus fuerit, confirmatione Principis opus non est, sed statim jus civitatis amittitur, *d. l. 1. §. 4. ff. de legat. 3. Gloss. ad d. l. 6. §. 7. de injust. rupt. & irrit.* Minimam autem capitis deminutionem quod attinet, arrogatione quidem testamenta aliasq; voluntates ultimas infirmari certum est, *l. conficiuntur. 8*

*§. si post. 3. ff. de jur. Codicill.* cum ea persona personam arrogati & omnia bona arrogator subjiciat, *§. pen. Inst. de adoption. §. ecce. 1. Inst. de adquisit. per arrogation.* quemadmodum vicissim expeditum est, adoptione ab extraneo facti, quæ hodie nec potestatem nec jus familiæ transfert, testamentum irritum haud fieri, *§. sed hodie. 2. Inst. d. l. de adopt. junct. d. § 4. d. t. quib. mod. test. infirm.* At de eo qui ab avo paterno vel materno adoptatus est, vel per emancipationẽ in potestate parentis esse desiit, res difficultate non caret. Nam cum filiusfam. non nisi de castrensi vel quasi castrensi peculio testamentum condere possit, & horum peculiorum respectu neq; per adoptionẽ neq; per emancipationem condicionẽ suam mutet, sed semper pro patrefam. habeatur, dicendũ omninò videtur, testamentũ ante factũ hac ratione irritum non fieri, per *d. l. 16. §. ult. ff. de injust. rupt. & irrit. l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. secundum tabb. Vigl. Zuich. ad d. §. 4. & 5. Inst. quib. mod. test. inf. n. 2. 3. 4.* Alii distinguunt inter jus antiquum & novum, ut illo quidem subtili juris ratione propter imaginarias venditiones testamentũ tàm adoptione quàm emancipatione irritum factum fuerit, *arg. l. ult. C. de adopt. & l. 3. ff. de capit. minut.* hodie verò post sublatas istas imaginarias venditiones, neq; capitis deminutionem amplius inducant, neq; adeo testamentum infirmare possint: quò inclinat *Bach. ad §. deniq. Inst. de milit. test. & ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. 7. lit. D.* Nos & hodie quâvis licet minima capitis deminutione, adeoq; etiam emancipatione testamenta summo jure irrita fieri, tentabimus: tum per textum generalem in *d. § 4. quib. mod. Inst. de milit. test. & l. miles. 22. ff. de test. militis.* ubi militi privilegii loco tribuitur, ut testamentum ejus emancipatione non fiat irritum: unde haud difficulter colligitur jure communi contrarium obtinere: quippe quod aliàs militi frustra privilegii loco tributum fuisset. Neq; concedendum est, vel quod *Vigl.* hic *Tribonianum* turbasse, vel quod *Ant. Matth.* apertam *ἀντινομίαν* & pugnam textuum agnoscit. Illius enim opinio facilè refellitur ex *d. l. 22. & 23. ff. de test. milit.* hujus verò *Justin.* conveniens non est, qui antinomiam in Digestis dari apertè negat in *l. 2. §. contrarium. 16. C. de vet. jur. enucl.* Sed & ad textus quibus moventur haud difficilis videtur responsio.

Nam

Nam ad *l. 1. §. 8. ff. de bon. poss. secundum tabb.* responsio in ipso textu esse videtur, videlicet ibi sermonem esse de bonorum possessione secundum tabb. quam, etsi testamentum jure civili irritum factum fuerit, tamen si testator utroq; tempore & cum facit, & cum moritur, jus testamenti faciendi habuerit, locum habere constat ex *§. 6. Inst. d. t. quib. mod. test. infirm.* Ad *d. l. 6. §. ult. de injust. rupt.* Responderi potest, vel ibi quoq; irritum non fieri testamentum per emancipationem, ratione effectus, ut nihilominus bonorum possessio secundum tabb. peti possit, *arg. d. l. 1. §. 8. ff. de bon. poss. secundum tabb.* vel textum in versu finali loqui de militari testamento, quod ex speciali privilegio irritum non fieri patet ex *d. l. 22. ff. de test. milit. & d. §. 5. Inst. eod. t.* Non obstante eo, quod & veterani ibidem fiat mentio: quoniam & veteranus cum militari testamento decedere potest, veluti si forte in castris testamentum fecerit, & intra annum post missionem decesserit, *§. sed hactenus. 3. d. t. de milit. test.* Adde *Hunn. 2. var. resol. tr. 7. q. 3. & Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. 7. lit D.* Interdum tamen testamenta per capitis deminutionem irrita facta, iterum convalescunt: veluti si quis capite damnatus in integrum ex indulgentia Principis restitutus fuerit, *d. l. 6. §. pen. ff. de injust. rupt. & irrit.* Vel si is, qui se adrogandum dedit, iterum emancipatus sit. Utroq; enim casu saltim jure Prætorio sustinetur testamentum, ut secundum tabb. bonorum possessio peti possit, *d. §. 6. quib. mod. test. infirm. l. conficiuntur. 8. §. 3. ff. de jur. codicill.* Non movet, quod *in d. l. 6. §. ult. de injust rupt. & irrit.* testamentum ejus qui à Principe restitutus est, comparetur cum testamento ejus, qui ab hostibus reversus est, aut ibi decessit, cujus testamentum jure Civili valere expeditum est, *d. §. ult. Inst. quib. non est permiss. fac. test. Don. 6. comm. 16. Ant. Fab. 10. conj. 19.* Responderi enim potest, comparari hæc testamenta secundum quid, videlicet quoad validitatem ipsam, ut utrumq; valeat, non quoad modum, vel gradum, cum is, qui ab hostibus reversus est semper in civitate fuisse, adeoq; testamentum retrò semper valuisse credatur: quod de eo, qui ob delictum damnatus, & postea à Principe restitutus est, dici non potest. Deinde non resistit, quod Principis indulgentiâ restituantur omnia, quasi nunquam amissa essent, *l. 1. C. de sent. pass.*

Respondetur enim, id non aliter conced posse, quàm si Princeps in specie testamenti mentionem fecerit: nam aliàs etiam per plenissimam restitutionem testamentum non convalescere dicendum videtur; nisi jure Prætorio, ut bonorum possessio secundum tabulas peti possit, *arg. d. §. 6. Inst. quib. mod. test. infirm.* Nam quamvis aliàs Princeps non utatur Jure Prætorio secundum *Schneid. ad d. § 6. n. 4. Angel. Aretin. n. 2.* tamen id huc accommodari vix potest: ubi Princeps de testamento nihil expressit, adeoq; restitutio illa hoc tantum operabitur, ut si testamentum septem testium signis signatum fuerit, jure Prætorio bonorum possessio secundum tabb. peti possit. *d. §. 6.* Deniq; nec distinctio ista rem expedire videtur, ut per plenam quidem restitutionem Jure Civili, per simplicem autem indulgentiam criminis, jure tantùm Prætorio testamentum reconvalescat. *Angel. d. n. 2. Vigl. ad d §. 6. pr.* Nam posteriori hoc casu nihil juris reo restituitur, sed hoc tantùm illi conceditur, ut liberè & sine pœnæ metu in civitatem redire possit, *l. generalis. 7. & l. si pater. 9. C. de sent. pass. & restit.* adeoq; verius fortassis est. testamentum nec Prætorio quidem jure reconvalescere, *arg. d. §. 6. quib. mod. test. infirm.* In eo tamen differentia est, quod testamentum per arrogationem irritum, emancipatione non aliter convalescat, quàm si declaratio aliqua produci possit, quod eodem testamento mori voluerit, *l. pen. §. 2. d. de bon. possess. secundum tabb.* illud verò quod per maximam vel mediam capitis deminutionem irritum factum est, etiam citra novam voluntatis declarationem convalescat. Ratio differentiæ est, quod is qui post testamentum conditum adrogādum se dedit, eò ipso à priori voluntate recessisse videatur, *d. l. pen.* in damnato autem nihil sit, ex quo mutatio talis colligi possit. *Vigl. Zuich. ad d. §. 9. n. 5. Inst. quib. mod. test. infirm. n. 1. ibiq; Bach. n. 7.* Voluntatis autem novæ probatio 5. testibus probanda est, *Angel. Schneid. & Dd. comm. ad d. §. 6. Vigl. tamen ad d. §. n. fin.* duos testes sufficere putat, quoniam Papin. voluntatem hanc à jure testamenti separat, & reliquis actibus magis æquiparare videtur, *in d. l. 11. sive pen. §. ult. de bon. poss. secundum tabb.* Verùm à communi opinione recedendum non est, cum codicillis alia heredis voluntas declarari debeat per textum *in d. l. pen. §. ult.* cujusmodi scripturas 5. hodiè testes

testes requirere constat ex *l. ult. §. ult. C. de codicill. & l. ult. C. de donationibus mort. caus.* Effectum hujus differentiæ, utrum videlicet testamentum irritum, Jure Civili, an Prætorio convalescat, in eo est, quod priori casu heres ad 30. usq; annos hereditatem adire possit, posteriori verò bonorum possessio à liberis intra annum ab agnatis & aliis intra 100. dies agnoscenda sit, *l. 1. §. largius. 12. ff. de success. Edict. Angel. d. n. 2. Schneid. n. 3. Vigl. Zuich. n. 1.* Porrò notandum non aliter convalescere testamentum capitis deminutione irritū factum, quàm si testator tam testamenti facti, quam mortis tempore civis Romanus atq; sui juris, & præterea testamentum 7. testium signis signatum fuerit, *d. §. 6. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* Unde inferendum videtur testamentum nuncupativum irritum factum jure Prætorio non sustineri, aut convalescere, cum in eo septem testium signa non requiri; imò nec intervenire posse expeditum sit, *ex §. ult. Inst. de testam. ordin. Schneid. ad d. §. 6. in fin.* Nec obstat, quod Prætor etiam secundum nuncupativum testamentum bonorum possessionem deferat, *l. fin. C. de bon. poss. secundum tabb.* Respondetur enim, id tum demum fieri, cum nuncupativum testamentum Jure Civili validum est: at hoc casu sive scriptum, sive nūcupativum sit testamentum Jure Civili irritum est, ideoq; nec Prætor, cum solennitate juris Prætorii, 7. videlicet testium signis, destituatur; ex eo bonorum possessionem concedit, *arg. d. §. 6. ibiq. Vigl. Zuich. n. 2.* Sed nec illud sufficere videtur, si forte testamentum per nuncupationem factum, & postea in scripturam redactum, septemq; testium signis signatum fuerit: quoniam hoc casu scriptura & signa testium non ad solennitatem testamenti, sed probationē tantùm pertinent, *arg. eorum quæ habet Schneid. ad d. t. ult. Inst. de test. ordin.* Et tantùm de ultima voluntate per capitis deminutionem irrita facta. Desertione infirmantur ultimæ voluntates, si heres institutus vel nolit heres esse, vel vivo testatore aut post mortē ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione sub qua institutus est, defecerit. *§. posteriore. 2. Inst. d. t. quib. mod. test. infirm. pr. Instit. de hereditatib. quæ ab intest. l. 1. in fin. ff. d. t. de injust. rupt. & irrit. testam.* Idem est, si is, cui in codicillis vel alia voluntate ultima quid relictum est, id totum repudiet. Nam & tum hanc

voluntatem ultimam irritam fieri, & id quod relictum erat, ad successores ab intestato pertinere omninò dicendum est; cum codicilli iisdem modis quibus testamenta (exceptâ agnatione sui heredis & codicillis posterioribus non contrariis) infirmari soleant per tradita *Azon. in Summ. C. de codicillis. n. 11. Schneid. ad §. ult. Inst. eod. t. n. 9.* Neq; sublatus est hic modus infirmandi testamenta per *Nov. 1. c. 1. & Auth. Hoc amplius C. de fideicomm.* quoniam dicti textus non de eo casu, quo heres hereditatem repudiavit, sed quo post aditionem, defuncti voluntati satisfacere detrectat, satis aperte loquuntur. Adde *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 14. th. 1. lit. D. sub fin.* Addunt & alios infirmandi modos, veluti si in institutione erratum esse ostendatur; fortè quod qui suppositiitius erat, tanquam filius institutus sit, *l. si pater. 4. C. de heredib. instit.* vel quod testator quendam arrogatum credidit, cùm arrogatio non ritè facta, adeoq; nulla esset *l. nec apud. 7. C. eod. t.* vel quod conditio evanescat, vel non faciat heres, quod testator jussit. *d. N. 1. c. 1. Vigl. Zuich. ad §. 5. quib. mod. test. infirm. n. fin.* Verùm hi modi à superioribus revera separati aut diversi non videntur, cum priores tres ad desertionem testamenti non incommodè referri possint, ultimus verò testamentum non infirmet, sed remoto instituto alium in locum ejus substituat, ut ex *d. N. 1. c. 1.* satis apparet. Idem ferè dicendum si testator is memoria post mortem damnata, *d. l. 6. §. sed ut eorum. 11. ff. de injust. rupt. & irrit.* vel si quis aliàs capite damnatus, *d. l. 6. §. sed et si. 6.* vel si criminis conscius sibi ipsi mortem conscivit, *d. l. 6. §. ejus. 7.* sive paganus sive miles fuerit, *l. ejus. 34. pr. ff. de milit. test.* Nam hi casus omnes ad capitis deminutionem maximam vel mediam pertinent, eoq; ab Ulp. haud obscurè referuntur *in d. l. 6. de injust. rupt. irrit.* Alios duos modos testamenta ipso jure sive legis authoritate infirmandi habet *Accurs. ad d. §. alio autem. 4. Inst. quib. mod. test. infirm.* quarum (1) est, si heres institutus testatori inopia laboranti alimenta non subministraverit. *N. 115. c. 3. § si quis. 12.* (2) Si testatorem ab hostibus captum heres non redemerit. *d. N. 115. c. 3. §. si unum. 13.* Verùm hi modi, ad testamentum in specie, non verò ad quasvis ultimas voluntates pertinere ex ipso textu satis apertè colligitur.

PAR-

# PARTIS POSTERIORIS

## CAPUT I.

## DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Et hactenus de ultimis voluntatibus in genere. In Specie voluntas ultima vel Testamentum est, vel codicillus, vel Epistola, vel mortis causa donatio.

*Giph. ad l.ult.§.ult.C. de codicillis* 10. species ultimarum voluntatum recenset. (1) Testamentum. (2) Codicillos. (3) Epistolam fideicomm. *l. 7. C. qui test. fac. poss. l. & in epistola. 22. C. de fideicomm.* (4) Epistolam, per quam libertas datur, *l. 1. §. 1. C. de Latin. lib. tollend.* (5) Donationem mortis causa *l. ult. C. de donat. caus. mort.* (6) Nudam rogationem ejus, à quo quid relinquitur, sine testibus, & sine Scriptura, *l. ult. C. de fideicomm. & ult. Inst. de fideicomm. hereditatib.* Sive is rogetur, cujus in testamento antea facta mentio, sive legitimus heres nullo facto testamento *arg. l. ex testamento. 29 C. d. t. de fideicomm. & l. generaliter. 24. §. ex testamento. 11. in f. ff. de fideicomm. libertatibus.* (7) Testationem apud amicos. *l. Pamphilo. 39. §. 1. ff. de legat. 3.* (8) Libellum brevem, sive Schedam. *d. l. 22. C. de fideicomm.* (9) Nutum, quo etiam fideicomm. relinqui posse constat, *ex l. nutu. 21. pr. ff. d. t. de legat. 3.* Deniq; testamentum inter liberos. *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testam.* Adde *Dn. Rittersh. ad Nov.*

*p.6.c.1.n.10.* Verùm hæ species omnes ad superiores 5. non incommodè fortassis referri possunt, cum testamentum parentis inter liberos, testamentum utiq; sit, licet imperfectum, & minus solenne, *d.l.21.§.1. C. de test.* epistola per quam libertas datur, sub epistola procul dubio comprehendantur: testatio autem apud amicos, libellus brevis sive scheda, & nutus ad codicillos suo modo pertinere videantur. Ad mortis causa capionem quod attinet, quam nonnullos huc quoq; afferre testatur *Franc. Mantic. de conjectur. ult. volunt. 1. t. 5. n. 1.* ea separata & per se subsistens species ultimæ voluntatis non est, sed semper testamento, codicillis, aliisque ultimis voluntatibus accedit, ut ex *l. qui pretio. 8. l. mortis causa 18. & l. mortis causa 31. ff. de mortis causa donationibus.* Quemadmodum & heredum institutiones, substitutiones, legata & fideicomm. separatæ voluntates non sunt, sed testamenti, aliarumq; voluntatum ultimarum capitula, *arg. N. 115. c. 3. inf. Mant. d. n. 1. & t. 14. n. 1. & n. ult.* Adde *Roland. Passagg. de testam. rubr. 1.*

Testamentum ex eo appellatum, quod mentis testatio sit, est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

*Pr. Inst. de test, & l. 1. ff. qui test. fac. poss.* Explicanda hîc est tam nominis ratio, sive etymologia, quam ipsius rei definitio. Et etymologia quidem proposita est in *d. pr. de test.* Nam quod nonnulli simul & rei definitionem ibi tradi existiment, vix recipi potest, tum quod Impr. expressè dicat ex eo appellatum, &c. quæ verba non definitionis, sed etymologiæ notam esse constat; tum quod definitio semper cum definito suo converti debeat, mentis autem testationem non testamento tantùm, sed & codicillis aliisq; voluntatibus accommodari posse manifestum sit. *Vult ad d. pr. de test. n. 14.* Alii ne etymologiam quidem veram, sed testamenti simplex

ver-

verbum à testatione deductum esse contendunt, *Laur. Vall. 6. elegant. 36. Gell. 6. Noct. attic. 12.* Hinc ut Imperatorem & JCtos ab impugnantibus hisce tueantur, non etymologiam, sed allusionem eum tradere voluisse scribunt *Alciat. lib. 4. de V. S. n 20. Cujac. n. obs. 37. Catell. Cott. in memorab. verb. testamentum. Ant. Matth. ad d. pr. de test. ibiq. Bach. n. 1. & in not. ad ϖ. Wesemb. ff. qui test. fac. poss. n. 1.* Nos missis aliorum explicationibus *Impr. d pr.* non ad verbum testamentum, ejusq; derivationem Grammaticam, quo respectu procul dubio simplex verbum est, ut rectè *Gell Vall. & alii* docent, sed ad rem ipsam respexisse, adeoq; non Grammaticam, sed Juridicam etymologiam tradere, cum nomina rebus suis convenire debeant: *§. pen. Inst. de donat.* Neq; tantùm ad nomen alludere, sed rei ipsius naturam simul indicare voluisse existimamus: quemadmodum *Paulus* donationem quasi doni dationem *in l. senatus. 35. §. 1. ff. de mort. caus. donat. Ulp.* novationem à novo & nova obligatione, *l. 1. inf. pr. ff. de novat.* dictam volunt. *Vigl. Zuich. ad d. pr. n. 3. & 4. Vult. n. 13. Wesemb. n. 2. Harpr. n. 26. & seqq. Tim. Fab. D. ad Inst. 18. th. 1. Connan. 9. comm. 1. n. 1.* Adde *Gadd. ad l. nomen. 164. pr. n. 6. ff. de V. S.* qui tamen in eo errare, adeoq; non immeritò ab aliis reprehendi videtur, quod & aliis vocabulis, puta vestimenti, calceamenti &c. derivationem hanc accommodari posse putat. *Bach. ad d. pr. n. 1.* Rei verò ipsius definitio tradita est à *Modestino in d. l. 1. ff. qui test. fac. poss.* Quæ à nonnullis imperfectionis arguitur: quippe *Accurs. ad d. pr.* eam definito suo latiorem, dum non tantùm testamento, sed etiam codicillis aliisq; voluntatibus ultimis attribui potest, & angustiorem esse putat, dum testamenta peregrinorum, quæ testamenta quidem sunt, sed justa tamen non sunt, non comprehendit. Alii qui definitionem perfectam agnoscunt, variè eam interpretantur, ut ex resolutione & explicatione ejus patebit. Generis igitur loco in d. definitione stare videntur illa verba VOLUNTATIS NOSTRÆ SENTENTIA, quæ nihil aliud significare videntur, quam deliberatam voluntatis nostræ contestationem, *arg. d. pr. Inst. de test.* Adde *Didac. spin. à Caceres in speculo testatorum Gloss. rubrica part. 1. &* ea, quæ supra in parte generali circa definitionem ultimæ voluntatis in genere à nobis dicta

dicta sunt. Differentia partim à forma partim à materia sive subjecto petita est. Forma est in vocabulo justa: quod quidam pro perfecta accipiunt *Bart. & Dd. comm. ad d. l. 1. qui testam. fac. poss.* Alii pro solenni per textum in *fragm. Ulp. t. 10. pr. Vigl. Zuich. Mynf. Ant. Matth. ad d. pr. Connan. d. lib. 9 comm. c. 1* Alii pro directa, quo ferè inclinat *Vult. ad d. pr. n. 20. anf.* Alii pro intacta, illibata ac omnibus mòdis rata. *Harpr. ad d. pr. n. 56. 57. 58.* Nonnulli pro ea, quæ propria sua authoritate nititur. *Bach. ad Tr. Wesemb. ff. qui test fac. poss. n. 4.* Nos vocabulum Justa, de legitima, sive, secundum regulas testatorum facta intelligendum putamus, cum *Vac. à Vacun. 4. declar. 52. n. 4.* Quo sensu nec supplemento Accurs. egebit hæc definitio, utpote cum justa sententia, id est legitima & secundum regulas testamentorum facta non sit, quæ heredis institutione caret, *arg. §. ante. 34. Inst. de legat.* & à *Vult.* impugnationibus facilè tuta erit; neq; vel latior definito, quoniam codicilli, mortis causa donatio, aliæq; voluntates, ultimæ justa voluntatis sententia non sunt, quippe quæ heredis institutionem nullam continent, *l. non codicillum. 14. C. de test.* quam tamen tanquam fundamentum testamenti dicto vocabulo justa inesse modò diximus: neq; angustior, quia testamentum injustum revera testamentum non est, vel saltem jure nostro pro testamento non habetur, *l. 2. §. 1. ff. testament. quemadmodum aper. Bach. ad d. pr. de test. n. 2.* id quod & ipse *Vult.* tandem agnoscit. *Arum. Ex. 7. th. 2.* Adde *Duar. ad d. t. qui test. fac. poss. C. quid sit testamentum. Don. 6. comm. 4. ibiq; Hillig. Eliam Rober. D. ad Inst. 11. th. 1.* Explicationes aliorum quod attinet, eæ testamenti naturam satis explicare non videntur. Nam Bart. interpretationi resistunt cum codicilli & mortis causa donationes, quæ in genere suo non minus perfectæ voluntates sunt, quam testamentum: tum testamentum militare, parentis inter liberos, quæ imperfecta quidem, sed vera tamen testamenta sunt. Sic & Vigl. aliorumq; explicatio eodem modo corruit, quoniam testamentum militare, rusticorum, & similia solennia non sunt, ut nihilominus vera testamenta, adeoq; generali testamenti definitione comprehenduntur. *Arum. d. Ex. 7. th. 2.* Sed nec eorum satisfacit opinio, qui pro directâ voluntate accipiunt: cum & mortis cau-
sa

sa donationem vol.ntatem directam, & tamen à testamento quàm maximè separatam esse constet. Præterea nec *Harpr.* interpretatio expedire videtur: quoniam detractio ex L. Falcidia & SCto Trebell. ex accidente accedit, quatenus videlicet ultra dodrantem legata vel fideicomm. relicta sunt, idq; sive in codicillis aliisq; voluntatibus ultimis, sive in testamento factum fuerit, *l. 1. ff. ad l. Falc. §. sed quia. 7. & §. Praterea. 10. Inst. de fideicomm. hereditatib.* quemadmodum aliàs etiam in testamentis voluntates testantium interdum pro parte irritas esse constat, *l. 1. & tot. t. ff. de legat. praestand. N. 115. c. 3. & c. 4.* Deniq; nec *Bach.* explicatio ab omni vitio immunis esse videtur. Nam quamvis codicill olim precaria authoritate valuerint, & iis factis lex principaliter operetur, proximisq; cognatis successionem deferat, *arg. d. §. 10. Inst. de fideicomm. hered.* tamen hodie postquam etiam ab intestato facti codicilli, jure admissi sint, *pr. & §. 1. Inst. de codicill.* propria authoritate quoad ea quæ in iis disposita sunt, eos valere dicendum videtur: licet hereditas proximo ab intestato venienti deferatur, quem voluntatem defuncti in codicillis propositam sequi & implere debere constat, quarta tamen Trebell. vel Falcidia salvâ. *d. §. 10. Inst. de fideicomm. hereditatib. cum similibus,* ut tacea'n qu d pii quoq; ab intestato venientes hoc casu non simpliciter ex lege, sed simul ex defuncti voluntate, saltem tacita, vocari videantur. *arg. l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de jur. codicill.* Reliqua verba (de e quod qu[illegible] post mortem suam fieri velit) materiam sive subjectum continent, & non hereditatem tan ùm se [illegible] & leg ta ac fi [illegible] a; testamenti capitula comprehendunt, *l. verbis. 120 ff. de V. S. d. N. 115. c. 3. in f.* Adde quæ sup a in p[illegible] t. generali circa definitionem voluntatis ultimæ à nobis dicta sunt.

Estq; vel solenne, vel minus solenne sive privilegiatum: utrumq; vel in scriptis, vel sine Scriptura per nuncupationem factum.

 Olim

Olim tria testamentorum genera in usu erant, unum quod calatis comitiis, id est, in convocata populi concione fiebat: alterum quod inprocinctu (ita enim *pr. Inst. de test.* legendum videtur, *arg. §. 1. t. 20. in fragm. Ulp. Cujac. in not. prior. & Giph. ad d. pr.*) cum viri in prælium ituri essent, ordinabatur: tertium per æs & libram, quod prioribus abolitis successit. §. *1. Inst. d. t. & ibi Theoph. Vigl. Zuich. Harpr. & Dd. comm.* Sed & hoc partim (quoad imaginariam videlicet venditionem; nam quoad testium adhibitionem remansit *Vult. ad d. §. 1.*) in usu esse desiit, *d. §. 1.* & quartum testamēti genus à Prætore additum est. §. *2. Inst. d. t.* Tandem & quintum, partim ex jure Civili, partim ex Prætorio, partim ex constitutionibus Principum conflatum est. §. *3. Inst. eod. t.* quo adhuc utimur, & solenne testamentum appellatur, *Harpr. ad d. §. 3.* Alii testamētum in genere dividunt in testamentum propriè & in specie dictū, & in codicillos, *l. 3. §. si quis. 25. ff. de SCt. Silan. l. 1. §. 2. ff. de tabb. exhib.* post *Menoch.* à se allegatum *Harpr. ad d. pr. n. 31. Treutl. vol. 2. D. 10. th. 1. lit. F. Bocer. class. 2. D. 1. th. 11.* Verùm nusquam in jure nostro testamenti appellatione & codicilli continentur, sed potius quàm diligentissimè à se invicem distinguuntur. Nec obstant supra *allegata leges*; quoniam aliud est pertinere ad causam testamenti, quod in *dd. textibus* dicitur, & aliud testamenti appellatione atq; definitione comprehendi. Ad causam testamenti rectè pertinere dicuntur codicilli, quia testamento confirmati vires ex eo accipiunt. *l. 3. §. ult. ff. de jur. codicill.* & pro parte ejus habentur, *l. quidam. 14. ff. d. t.* Sed appellatione & definitione testamenti venire nusquam traditum est, *Hillig. ad Don. d. lib. 6. c. 4. lit. D.*

Solenne scriptum testamentum est, quod vel à testatore vel alio ejus jussu in Scripturam redactum, & à testatore & testibus subscriptum & signatum est.

*l. hac consultissima, 21. pr. C. de test.* ubi videlicet testator literis

edo.

edoctus fuerit: quod si verò scribere non potuerit, octavus testis adhibendus est, qui ipsius nomine subscribat. *d.l.21.* Illud videndum, quo testamentum coram Principe, vel apud acta judicii factū referendum sit. Et quidam ad testamenta minus solennia pertinere putant, cùm testes aliasq; solennitates juris Civilis non desideret, *arg.l.omnium.19.C.de test.Treutl.d.vol.2.D.10.th.6.lit.I.* Cui opinioni subscribere videntur omnes ii, qui in hoc testamenti genere ad minimum duos vel tres testes necessarios esse contendunt, *Clar.3. Sent. §.testamentum.q.56.n.7.& alii allegati à Fachin.6.contr. 86.* Alii verò ad testamentum potiùs solenne referendum existimant, cum Principis authoritas & judicii actorumq; fides omnes solennitates superet & suppleat, *d.l.19.C.de test.arg.l.sancimus.34. in f.pr.C.de donat.Bach.ad Treutl.d.th.6.lit.I.* Quorum opinioni & nos subscribimus, cum ea, quæ in judiciis etiam sine testibus fiunt, non minus solenniter facta intelligantur, quam quæ extra judicium coram testibus expediuntur, *l.sancimus.27.ibi vel per testes idoneos, vel inter acta &c. C. de testib. Donell.d.lib.6.c.6.* inprimis si coram Principe factum testamentum, aut ipsi per preces insinuatum fuerit juxta *d.l.19.C.de testam.* Quo casu cum Princeps jus populi universū per L.Regiam consecutus sit, videtur testamentum istud, quodammodo successisse in locum ejus, aut certe valde simile ei esse, quod antiquitùs calatis comitiis fieri solebāt, quippe solenne hoc fuisse, & sine ullis quoq; testibus valuisse minus dubitandum est, per *pr.Inst.d.t.de testam.Vac.à Vacun.1.decl.16.nu.5. Coras.5.misc.13.n.1.Vigl.ad§ 1.Inst.d.t.n.7.& Vult.ad d.pr.n.31.* Adde *Schurff.cent.1.cons.77.& cent.2.cons.71.Mynf.cent.6.obs.29. Boër.Dec.238.n.3.Wormser.lib.1.t.1.obs.11.* Hoc tamen omninò necessarium est, in ejusmodi testamentis vel coram Principe, vel apud acta factis, ut ipse testator offerat, *arg.d.l.19.C.de testament.* Nam si testamentum domi confectum fortè per nuncium aut literas offerri aut insinuari curaverit, non valere illud verius est: quoniam in quovis testamento sive solenni sive minus solenni, ad excludendam omnem fraudis suspicionem, præsentia testatoris requiritur, ita ut audiri & videri à testibus possit. *arg.l.9.C.d.t.Moller.lib.1.semestr.c.5.Dn.Rittersh.cons.Altorf.77.Bened.Carpz.p*

*3. const. def. 23. Pantschmann p. 2. Quæst. jur. controvers. q. ult.* Sed quid, si testator propter valetudinem Principem aut locum judicii adire nequeat, sed judicem & Scabinos vel assessores judicii ad se vocaverit, ipsisq; testamentum suum insinuaverit? Et *Vult.* quidem *vol. 1. Marpurg. cons. 34. n. 55.* illud pro invalido habet per *d. l. 19. C. de testam.* ubi *Impp.* non frustra actorum mentionem faciunt. Adde *Bach. in not. ad Wesemb. ff. qui test. facere poss. n. 10.* Verùm cum acta ibi esse intelligantur, ubi aliquid fit autoritate judicis, *l. an apud se. 5. ff. de manumiss. vindict. Wesemb. d. n. 10. Ias. in l. 2. 4. de edend. n. 4.* nihil impedire videtur, quò minus & testamentum domi coram judice & Scabinis factum, vel iis insinuatum, inter acta factum dici possit. Cum enim testamenti factio in his terminis sit actus voluntariæ jurisdictionis, quod frustrà negat. *Bach.* fatente id *Vult. d. cons. 34. n. 11.* procul dubio coram judice & Scabinis non solum in judicio, sed ubiq; locorum expediri poterit. *arg. l. 2. ff. de off. Procons. l. actus. 3. C. de feriis, l. 3. C. de edend.* cum similibus. *Carpz. de const. 3. def. 16.* Si modò non casu ad ægrotum venerint, sed ab eo ad hunc actum accersiti, adeoq; à magistratu missi fuerint, ut rectè *Carpz. ad d. const. 3. def. 20.* qui omninò de hoc testamenti genere videri potest.

Nuncupativum est, quando testator vivâ voce voluntatem suam declarat, heredemq; & alia testamenti capitula palam coram testibus exprimit ac nominat.

*§. ult. de test. d. l. 21. §. 2. C. eod. t. l. heredes. 21. pr. ff. qui test. fac. poss.* Differt ergo nuncupativum à scripto testamento, quod scriptum à testatore, vel alio scribi, & tam à testatore quam testibus subscribi, sigilla apponi debeant, *d. l. 20. pr. C. de testam.* in nuncupativo verò neq; scriptura ulla neq; sigilla testium vel testatoris necessaria sint. Imò ex natura sua, nec per Scripturam fieri potest, sed testa-

tor

tor voluntatem suam de herede instituendo, legatis relinquendis, aliisq; testamenti capitulis coram testibus viva voce declarat. *d. §. ult. de test. d. l. 21. §. 2. C. eod. t.* qui testes postea ab herede ad defuncti judicium exponendum apud judicem sisti solebant, monente *Vigl. ad d. §. ult. n. 3.* Et hoc testamenti genus à civili jure constitutum fuit, *d. §. ult.* juri Prætorio incognitum, quod 7. testium signa requirebat, *§. 2. Inst. d. t.* atq; olim quidem solennis erat formula, qua testatores nuncupativum se facere velle testamentum significabant; sed hodie ea *Justin.* Constitutione sublata est, cum ex eo, quod nulla scriptura intervenerit, satis appareat, quæ testatorum voluntas fuerit, *l. in testamentis. 26. C. d. t.* Moribus nostris (nam jure antiquo hæc testandi ratio incognita fuisse videtur, ut notat *Vigl. d. loco.*) receptum est, ut testator convocatis testibus & Notario voluntatem suam coram iis exponat, eaq; postmodum à Notario in scripturam atq; instrumentum publicum redigatur; quæ scriptura hoc operabitur, ut nec testes coram judice sistere necesse sit, nec etiam uno atq; altero, vel omnibus testibus mortuis corruat, sed semel instrumento publico probata vigorem suum obtineat, *arg. l. in donationib. 31. C. de donat.* Neq; tamen propterea testamentum hoc scriptum esse incipit, sed nihilominus nuncupativum manet: cum Scriptura non solennitatis aut formæ, sed probationis tantùm gratiâ adhibita intelligatur; *arg. l. contrahitur. 4. ff. de pignor. Vigl. ad d. §. ult. n. 4. Schneid. n. 7. & Dd. comm. Adde Rolandin. Patsager. tr. de testam. part. 1. rubr. 62.* Sed quid si testamentum in scripturam redactum, reliquæ tamen solennitates in scripto testamento necessariæ adhibitæ non fuerint, an saltem in vim nuncupativi valebit? Et siquidem constet, testatorem in scriptis testari voluisse, scripturam istam ne quidem tanquam testamentum nuncupativum valere verius est, *arg. l. ex ea. 29. ff. qui test. fac. poss. l. 1. ff. de jur. codicill. l. si unus. 12. C. de test.* Quod si verò dubium sit, quomodo testari quis voluerit, saltem in vim nuncupativi valere dicendum est: cum semper testator eam elegisse viam censeatur, qua valeat potius, quam corruat dispositio, *l. 3. ff. de test. milit.* adeoq; in dubio ea capienda interpretatio, ut actus valeat, *l. pen. ff. de his quæ in test. delentur. Vigl. ad d. §. ult. n. 4. ibiq; Bachov.* Eaq; & *Bart.* fuit distinctio in *l.*

*fin. in f. ff. de jur. codicill.* quem adeò malè in contrarium, quasi indistinctè ut nuncupativum valeret, adduxit *Gozadin. conf.3.n. 11.* meritò ob id notatus à *Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 4. n. 2.* Adde *Bach. ad Treutl. d. D. 10. th. 1. lit. K.* ubi *Treutl.* eodem sensu quo *Gozad. Bart.* accepisse videtur. Ulterius quæritur, si forte testator voluntatem suam ultimam vel propria vel aliena manu inscripturam redactam, testibus ad hoc convocatis ostendat, ut hanc esse voluntatem suam palàm dicat, utrum hæc scriptura, si testibus prælecta non fuerit, nihilominus tanquam nuncupativum testamentum valere possit? Et negativa exinde probari videtur, quod neq; tanquàm scriptum, cum solennitates scripti testamenti servatæ non sint; neq; tanquam nuncupativum valere possit, cum testator voluntatem suam testibus non manifestaverit, quod tamen requiritur in *d. §. ult. & d. l. 21. §. 1. C. de testam.* Quæ opinio non displicere videtur *Bach. ad d. §. ult.* Eamq; & nos in terminis in quibus ipse loquitur: nempe quando testatór coram testibus dicit, voluntatem suam ultimam contineri in scheda, quam apud Titium, V. gr. deposuit, non temere rejiciendam putamus, propter falsitates & corruptiones, quæ hîc facilè intervenire possunt, quas tamen omnibus modis præcaveri ipsorum etiam testatorum interest, *arg. §. 1. Inst. de test. milit. & l. ult. C. de fideicomm.* Alias affirmativa communiter recepta est, cum testator voluntatem suam testibus satis manifestasse videtur, saltem implicitè per relationem ad schedam istam, quam in manibus tenebat, ut docet *Clar. d. q. 4. n. 3. & Dd. comm.* ubi tamen consulit, ut omnis dubitationis tollendæ causa, Notarius à tergo istius schedulæ tempus & nomina testium apponat.

## Causa efficiens remota est jus civile, proxima verò ipsi testantes.

De origine testamenti variant Interp. Quidam enim testamentum ad Jus Gentium, testamenti factionem ad Jus Civile referunt; quoniam suæ quisq; civitatis legibus testamentum facit, Romnaus Romanis, Siculus Siculis, *Cujac. ad l. 1. ff. qui test. fac. poss.* Alii testa-

testamentum ipsum Juris Gentium, solennia tantùm juris civilis esse volunt. *Theoph. ad* §. *1. Inst. de jur. nat. gent. & Civil. Covarr. 3. var. resol. 6. n. 7. Connan. 9. comm. 1. n. 3. Vigl. ad* §. *sed prædicta. 2. n. 5. Schneid. ad pr. Inst. de testam. n. 12. & seqq. Arum. D. ad ff. 17. th. 1. & Dd. magis comm. teste Jul. Clar. 3. sent.* §. *testamentum. q. 2.* Fundamenta hujus opinionis præcipua sunt. (1) quoniam testamenti factio apud omnes, aut saltem plerasq; gentes in usu fuerit, ex ipsa naturali ratione inducta, quæ quasi tacita quædam lex hereditatem liberis & iis, quæ de nobis benè meriti sunt, attribuit, *arg. l. 7. ff. de bon. damnator.* (2) quia contractus Juri Gentium adscribuntur. Ergo & testamenta eò referri debent, cum quicquid inter vivos cōceditur, id multò magis in ultima voluntate permittendum videatur, *arg.* §. *ult. Inst. de leg. Fuf. Canin. toll.* (3) quia deportati à militibus heredes institui possunt, *l. idem est. 13.* §. *& deportati. 2. ff. de test. milit.* & ex testamento eorum capere, *l. si deportati. 7.* §. *1. ff. de legat. 3.* deportati autem ea omnia quæ juris Civilis sunt, amittunt, & ea tantùm, quæ juris gentium sunt, retinent, *l. sunt quidam. 17.* §. *1. ff. de pœn.* Alii deniq; testamentum & testamenti factionem juri civili adscribere malunt, quorum sententia probatur, (1) ex eo quod forma testamenti, heredis videlicet institutio, à jure Civili inducta sit, *pr. vers. quos autem Inst. de bon. possession.* Neq; concedi potest, quod quidam heredis institutionem juris gentium inventum esse; alii verò ad solennitates, non ad substantiam primævam pertinere velint, *Vigl. Zuich. ad pr. Inst. de test. n. 32.* Nam prius partim *ex d. pr. de bon. possession.* refellitur, ubi heredis institutio juri Civili tribuitur: partim ex eo, quod jure gentium quavis dispositio, licet de re minima, etiam sine heredis institutione valeat, ut fatetur *Vigl. d. n. 32.* Posterius ex eo corruit, quod heredis institutio testamentum constituat, & à codicillis, aliisq; voluntatibus ultimis essentialiter distinguat, *arg. l. non codicillum. 14. C. de testam.* Altera ratio est, quod deportati testamenti factionem non habeant, *l. 1. C. de hered. instit. l. 2. C. de bon. poss.* quos tamen ea, quæ juris gentium sunt, retinere constat ex *d. l. 17. ff. de pœn.* Neq; infringit nervum hujus fundamenti, quod deportatum solennitatum civilium intuitu à testamenti factione arceri existiment: quoniam eo

ad-

amisso sequeretur, codicillos aliasq; voluntates ultimas minus solennes, deportatum facere; quod tamen excepto militis testamento, de quo postea, concedi posse non videtur. Ad *Cujac.* distinctionem quod attinet, minus rectè testamenti factionem à testamento separant, cum connexa sint. & ad idem jus vel gentium vel civile referenda sint, ut rectè monet *Arumæ. d. th. 1. pr.* Reliqui qui ad jus gentium testamentum referunt, illud cum ultima voluntate in genere confundere videntur, quam ex jure gentium esse facilè concedimus, ut videre est ex iis, quæ supra *part. gene. c. 2.* hac de re diximus. Sed alia ratio est testamenti, quod cum à jure civili formam certam acceperit, ut supra dictum, meritò etiam juri Civili adscribendum est, *arg. l. 6. ff. de just. & jur.* Unde ad (1) argumentum facilis responsio est, negando conseq. quoniam non sequitur disponendi facultas etiam in ultimâ voluntate ex jure gentium est, ergo & testamentum. Eadem ferè responsio est ad (2) Cum conventiones & contractus in genere quidem juris gentium sint, in specie tamen quidam contractus juri civili omninò adscribendi sint, ut de stipulatione & literarum obligatione communiter placuit. Ad (3) respondetur committi in eo fallaciam causæ, quoniam deportatus à milite heres institui potest ex singulari privilegio, quod ipsi concessum est, ut testamentum ejus quocunq; modo factum ratum esse debeat *pr. & §. 1. Inst. de milit. testam.* non quod testamentum militis jure tantum gentium valeat, cum heredis institutionem omninò desideret, *arg. d. pr. & §. 1.* quam juris civilis esse supra diximus. Quoad solennitates tamen remissas, non malè dici potest testamentum hoc ad simplicitatem juris gentium penè redictum esse: quo sensu accepta vulgata Dd. sententia, quod testamentum militare jure gentium valeat, temerè rejicienda non est. De effectu hujus quæstionis, ne fortè quis existimet eam de lana caprina esse, notant Dd (1) quod statuto testamenti factio tolli non possit, cum ea quæ juris gentium sint, mutari aut tolli in totum nequeant, *§. pen. Inst. de jur. nat. gentium & civ.* licet restringi interdum possint. *l. 6. ff. de just. & jur.* post alios à se allegatos *Schneid. ad d. pr. de testam. n. 21. & seqq. Vigl. Zuichem. ad rubr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. n. 4.* Deinde quod Princeps

ceps dominium alicui ex testamento quæsitum auferre nequeat, quod posset, si testamentum juris Civilis esset *Jul. Clar. d. §. testam. q. 2. in f.* Verùm & ea quæ juri gentium adscribuntur, mutationi obnoxia sunt, adeoq; statuto vel consuetudine tolli possunt, per ea quæ supra in parte gen. *c. 2. pr.* hac de re dicta sunt: & Princeps ne ea quidem, quæ jure civili adquiruntur, sine justa causa & refuso pretio auferre cuiquam potest. *arg. l. venditor. 9. §. 1. ff. comm. præd. ut supra d. c. 2.* etiam attigimus. Illud tantùm inter Jus Civile & Gentium interest, quod illud facilius, *d. §. pen. de jur. nat. gent. & Civil.* hoc difficilius mutari possit: cum facilius utiq; unius atq; alterius civitatis, vel Provinciæ leges, quam omnium gentium & totius quasi terrarum orbis decreta tolli & mutari possint: maximè cum hæc tanquam naturali ratione constituta propius ad jus naturæ accedere videantur, *arg. §. 1. & 2. Inst. d. t. de jur. nat. gent. & Civ.* Atq; hac ratione etiam testamenti factio, quam juris civilis esse modo diximus facilius, quam facultas generalis mortis causâ disponendi, quam ad jus gentium supra retulimus, mutari statuto vel consuetudine poterit.

## Testari possunt patres famil. omnes, qui neq; natura, neq; lege prohibentur.

Vulgò regulam constituunt, quod testari possint omnes, qui non prohibentur, *arg. l. 4. & l. si filiusfam. 19. ff. qui test. fac. poss. l. mutus. 43. §. 1. in f. ff. de procurat. Gloss. in d. l. 4. qui test. fac. poss. Schneid. ad pr. Instit. quibus non est permissum facere testament. nu. 3. Donell. 6. comm. 4. Treutl. vol. 2. D. 10. th. 2. lit. B.* Alii contrariam statuunt reg. ut testari ii demum possint, quibus vel generaliter vel specialiter hoc permissum est, *arg. d. rubr. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. & l. verbis. 120. ff. de V. S. Hillig. ad Don. d. c. 5. lit. B.* A quâ opinione parum absunt ii, qui testamenti factionem non mero jure competere, sed ex benignitate sive gratiâ concessam esse contendunt, *Panorm. in rubr. extra de testam. Rolandin. Passagg. de test. rubr. 1. n. 4. Sichard. ad rubr. C. qui test. fac. poss. n. fin. Vasq. de success.*

 *creat.*

*creat. lib. 1. §. 2. n. 1. & lib. 2. §. 11. n. 41.* Verùm contrarium videlicet testamenti factionem mero jure vel gentium vel civili competere, verius est, per ea quæ sup a in *part. gener. c. 2. de ultimarum voluntatum causa efficiente remota* diximus. *Vigl. Zuich. ad §. sed prædicta. 2. Inst. d. t. quib. non est permiss. fac. testam. n. 12.* Illud tamen omninò fatendum est, in Republ. Romanâ patribusfamil. tantùm testamenti factionem tributam esse, *arg. l. 120. ff. de V. S.* ubi subintelligendum esse vocabulum pat rfam. rectè monet *Dn. Rittershus. in comm. ad ll. 12. tabb. class. 3. p. 1. c. 11.* Adde *Bachov. ad Treutl. vol. 2 D. 10. th. 2. lit. B.* Hinc facilè colligitur Jure Romano filiisfam. jus testamentum faciendi non competere, *pr. Inst. d. t. quib. non est permiss. fac. test. l. senium. 3. §. 1. C. qui test. fac. poss.* adeò ut ne permittente quidem patre testamentum condere possint. *l. qui in potestate. 6. pr. ff. d. t. qui test. fac. poss.* Ratio est non tantùm, quod nihil suum habeant, de quo testari possint secundum *Ulp. in fragm. t. 20. §. filius. 6.* sed inprimis, quod eo jure penè servis similes filiifamil. habiti fuerint; imò major patris in liberos, quàm dominorum in servos potestas fuerit, docente *Dn. Rittersh. ad L. L. 12. tabb. d. class. 3. pr. c. 1.* Excipiuntur tamen casus, quibus filii familias etiam testamenta facere possunt, ut (1) in peculio castrensi, quod in bello sive castris vel occasione militiæ acquisitum est, *d. pr. quibus non est permiss. fac. testam. §. fin. Inst. de test. milit.* (2) in peculio quasi castrensi, quod ex advocationibus aliisq; officiis publicis, sive ex togata militia quæsitum est, *d. pr. quib. non est permiss. fac. test. in fin. l. ult. C. de inoff. test. l. 4. & l. 14. C. de advocat. divers. judic.* Horum enim peculiorum intuitu filiifamil., pro patribusfam. habentur, *l. 6. §. ult. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* (3) in peculio adventitio, quod pleno jure tam proprietatis, quam usufr. ad filium pertinet, tum per textum in *l. ult. §. ipsum autem. 5. vers. filius autem C. de bon. quæ lib. N. 117. c. 1. §. 1.* ibi: *licentiam habeant, quo volunt modo disponere: &c.* tum propter rationem prohibitionis, quoniam filius nihil suum habet, ut de eo testari possit, *Ulp. in fragm. l. 20. §. filius. 9.* quam in hoc peculio cessare expeditum est: tum denìq; quod hoc peculium quasi castrense esse videatur, *arg. l. Imperator. 50. ff. ad Sen. Trebell.* adeoq; & testamenti factio in eo permissa,

*arg.*

*arg. d. pr. quib. non est permiss. fac. test. Argentorat. ad d. t. qui test. fac. poss. th. 9. n. 3. Trentl. vol. 2. D. 11. th. 2. lit. A.* Verùm hæc exceptio juri nostro convenire non videtur, (1) quoniam *Lex. 12. tabb.* patrifamilas tantùm, non filio, jus testandi tribuit, ut supra dictum; à qua reg. cum quoad hæc bona adventitia filius nunquam legatur exceptus, meritò regulæ standum est. (2) propter *d. pr. Inst. quibus non est permiss. fac. test.* ubi Impr. tantum in castrensib. & quasi castrensibus testamenti factionem filiis tribuit, & conseq. in his adventitiis etiam eam denegasse censendus est. (3) Deniq; per textum satis expressum in *l. pen. C. qui test. fac. poss.* ubi Imperator in his ipsis terminis nostris negat filiumfamil. de bonis adventitiis, etiam iis, quæ sine voluntate patris possidet, & in quibus plenum jus habet, testari posse. Neq; infringit vim hujus argumenti Argentoratens. & aliorum responsio, quod in *d. l. pen.* lex antiqua intelligenda sit ea ipsa, quam in *pr. textus* nuper promulgatam appellat, videlicet *d. l. ult. C. de bon. qua liber.* & quod quæstio ipsa legis sit, an filiusfamil. sine distinctione *d. l. ult.* testari possit de omnibus bonis, quæ patri non adquiruntur, sive sine patris consensu adquisita sint filio, sive cum eo. Nam neutrum ex his recipi posse videtur. Non prius, quoniam vero simile non est Impr. Constitutionem propriam & quidem ante biennium forte latam, appellare legem antiquam, maximè eam, quam initiò nuper promulgatam ipse dixerat: neq; posterius, quoniam de bonis adventitiis, in quibus pater usumfr. habet, nec dubitatum fuit unquam, nec dubitari post *d. l. ult. C. de bon. qualiber.* potuit, cum id in ea satis clarè & apertè decisum fit. Verus igitur *d. l. pen. C. qui test. fac. poss.* sensus est, quod cum ex *d. l. ult.* argumentatione non vanà colligi posse videretur, de iis bonis adventitiis, in quibus paterfam. usumfr. non habet. quæq; adeo pleno jure ad filium pertinent, ipsum testari posse, dubio huic Justin. occurrere & constituere voluerit, ne de his quidem testari filiumfam. posse, ut ex ipso textu penitius inspecto & collatione cum *d. l. ult.* facta, facile cuivis patebit. *Vult. add. pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. n. 11. Vigl. Zuich. n. 16. Harpr. n. 30. & seqq. Don. 6. comm. 5. Vasq. de Success. creat. lib. 3. §. 22. n. 10. Fach. 5. contr. 94. Trentl. d. D. 20. th. 2. lit. C. ibiq; latè Bach. & Dd. comm.*

*comm.* teste *Claro. 3. Sent.* §. *test. q. 18. n. 2.* Non obstat *1. d. l. ult.* §. *5. vers. filiis. C. de bon. quæ liber.* Respondetur enim à Dd. comm. esse argumentum à contrario sensu, quod contra textus expressos imprimis in *d. l. pen. C. qui test. fac. poss.* & rationes juris non procedat, ut notat post alios à se allegatos *Everh. in Topic. loc. 82. n. 4. 5. & 6.* Vel quoniam argumentum hoc à contrario sensu esse, propter expressam particulam exclusivam ab aliis indubium vocatur. *Lockam. q. illustr. 220.* dici potest particulas ejusmodi exclusivas non excludere casus similes, *Everh. in Topic. loco. 111. n. 4.* adventitiis autem, in quibus pater usumfr. habet, quoad dispositionem testamentariam similia esse, ea, in quibus filius plenum jus habet; cum hoc casu ad testamenti factionem non bonorum sive rerum qualitas, sed personæ habilitas attendenda sit, ut monet *Clar. d. q. 18. n. 2.* Deinde particulas istas vel dictiones taxativas firmum argumentum non præbere, si vel intellectus absonus, vel si contrarietas inde resultet. *Everh. d. loco. 111. n° 3.* at hoc casu *d. l. ult.* contrariam fore *d. l. pen C. qui test. fac. poss.* patet ex iis quæ supra dicta sunt. Deniq; respondet *Dn. Scip. Gent. in d. l. ult.* non tantum testamenti factionem, sed tria ista conjunctim prohiberi in bonis adventitiis, quorum usufr. penes patrem est, videlicet alienare, pignori vel hypothecæ dare & testari: unde sic rectè à contrario sensu, vel natura particulæ taxativæ (neq; enim hæ argumentationes magnoperè differunt) colligi posse. Ergò in iis bonis in quibus pater usumfr. non habet, hæc tria, quæ modò diximus, non prohibentur, omnia simul & conjunctim. quod & verum est; nam alienare, & oppignorare talia bona filiusfam. non vetatur, sed testari de iis prohibetur per *d. l. pen. C. qui test. fac. poss.* *Adde Vigl. Zuich. ad d. pr. Inst. quib. non est permissum facere testament. n. 16.* qui id quod dicitur iis casibus, quibus patri non quæritur usufr. testamenti factionem permissam esse, de castrensibus intelligi posse existimat: cum ejus constitutionis tempore unicus tantum fuerit casus adventitiorum, quo patri usufr. non adquirebatur, videlicet cum sine consensu patris hereditatem adiisset, quo filiofam. testari non licere expressum sit in *d. l. pen. C. qui test. fac. poss.* Minus movet *N. 117. c. 1.* quoniam verba illa: quo volunt modo disponere, non de

testa-

testamenti factione, sed dispositione inter vivos facta intelligenda sunt: id quod non tantùm ex Græco textu, in quo Imperator non verbo διατίθεσθαι sed διοικεῖν, usus est, quæ administrationē potius rerum istarum, quàm dispositionem testatoriam denotari constat; sed ex eo etiam facilè patet, quod dispositio, de quâ ibi sermo est, tantùm iis permittatur, qui sunt perfectæ ætatis; id est, majores 25. annis, aliàs ad curatores pertinere debeat, at testamentum facere minorem etiam curatorem habentem posse expeditum est. *Vigl. Zuich. d. n. 6.* Nec resistit, quod qui inter vivos disponere de rebus suis potest, multò magis in ultimâ voluntate possit, *vers. fin. Inst. de L. Fus. Canin. toll.* Nam hæc regula vera est, ubi eadem utriusq; dispositionis ratio : at hîc diversam esse satis patet ex eo, quod filiusfam. ex omnibus causis tanquam paterfam. contrahere & obligari possit, *l. filiusfam. 39. ff. de O. & A.* testari verò regulariter nequeat, *d. pr. quib. non est permiss. fac. testam.* cum L. 12. tabb. patribusfamil. tantùm testamenti factionem concesserit, ut supra dictum. Tertio ad locum *Ulp. ex fragm. tit. 20. §. 9.* respondeti potest, voculam (suum) ibi positam, non ad proprietatem bonorum, sed ad jus familiæ, quod testamento relinquitur, referendum esse; filiumfamil. autem ne quidem in his bonis durante potestate patria ullum jus familiæ habere, aut in alium transferre posse. *Wesemb. ad d. pr. quib. non est permiss. fac. test.* Accedit, quod ubi plures sunt causæ prohibitivæ, non statim una cessante, ipsa cesset dispositio vel prohibitio. *Everh. loco. 80. fin.* hic autem principalem prohibitionis causam, videlicet quod non sit paterfam. nec pro patrefamil. habeatur, *arg. l. 6. §. ult. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* etiam in his bonis adventitiis adhuc durare. *arg. l. pr. quib. non est permiss. fac. test. & d. l. pen. C. qui test. facere poss.* Deniq; negatur peculium hoc adventitium quasi castrense esse, vel juridicè dici posse: cum peculium quasi castrense à causa efficiente ita dictum sit, quod ex officiis publicis & togata militia adquiratur, ut supra monuimus, quod de adventitio sive pater usumfr. in eo habeat, sive non habeat, dici non posse manifestum est. Non obstante *d. l. 50. ff. ad SCt. Trebell.* in pro filiusfamil. militi comparatur tantùm quo ad judicia, ut agere, & conveniri de iis bonis possit; adeoq; id quod secundum

quid dictum, non simpliciter accipiendum, nec ad alia extendendum est. Adde *Bach. in tr. de actionibus. D. 8. coroll. 2.* ubi hoc pluribus persequitur. Hisce jam conseq. est, nec filiamfam. de dote adventitia testari posse; non tantùm constante matrimonio, quo mariti esse intelligitur, *pr. Inst. quib. alien. lic. l. dotis. 7. §. si res. 3. l. si ego. 9. §. 1. ff. de jur. dot.* adeoq; in præjudicium ejus alienari nequit: Sed etiam dissoluto eo, *arg. d. pr. quib. non est permiss. fac. test. & d. l. pen. C. qui test. fac. poss.* Quamvis enim hoc casu in judicio consistere, & petere dotem sine parente possit, *l. 2. §. quod si. 1. ibi. & dos à patre profecta sit. ff. Solut. matrimon. ibiq; Costal.* testari tamen propterea eam posse dicendum non est: cum & in reliquis bonis adventitiis, quæ pleno jure liberorum sunt, soli quidem in judicio, consensu tamen patris adhibito, consistere possint *l. ult. pr. vers. & filius. C. de bon. quæ liber.* sed testari tamen nequeant per ea quæ modò dicta sunt. *Jul. Clar. d. q. 18. n. 3. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 22. n. 9.* Accedit quod nec illud satis expeditum sit, an filiafam. dotem adventitiam soluto matrimonio sola, an simul cum patre petere debeat: de quo post alios videri potest *Treutl. vol. 2. D. 7. th. 10. lit. C. ibiq; Bach.* (4) Excipiunt filiosfamil. clericos, quos de bonis etiam adventitiis testari posse volunt, per *Auth. Presbyteros. C. de Episc. & Cler. & N. 123. c. 19.* cum omne peculium respectu clericorum quasi castrense habendum sit, ut post alios à se allegatos docet. *Didac. Spin. à Cacer. d. p. 4. n. 13.* Verùm hoc posterius ex eo dubium redditur, quod *d. Auth. Presbyteros.* tantùm de Presbyteris, Diaconis, Subdiaconis, Cantoribus ac lectoribus concepta sit, adeoq; temerè & sine textu ad omnes etiam primæ tonsuræ clericos extendi non debeat, ut rectè monet *Vigl. Zuich. ad d. pr. quib. non est permiss. fac. test. n. 7.* Sed & *d. Auth. Presbyteros*, de quasi castrensi peculio fortassis non incommodè accipi potest, ut clerici ibidem enumerati non de quibusvis bonis, sed iis demum, quæ ratione officii vel gradus in quo positi sunt, adquirunt, testari possint, *arg. l. Sacrosancta. 34. C. d. t. de Episc. & Cler.* Præterea Jure Canonic. filiisfam. clericis planè testari non licere volunt, *arg. c. quia nos. 9. extra de testam. Dec. ad l. senium. 3. C. qui test. fac. poss. Cach. ad d. pr. quib. non est permiss. fac. test. & ex eo Vigl. Zuich. d. n. 17.* (5) Casum

exce-

exceptum ponunt in filiofamil. ad piam causam testante, ut is de qualicunq; peculio adventitio, atq; fortassis etiam profectitio, cum patris consensu disponere possit, *arg. c. licet. 4. de sepulturis. in 6. Dec. in d. l. senium. 3. C. qui test. fac. poss. n. 12. Covarruv. in rubr. de testam. in f. Didac. Spin. à Cacer. p. 4. n. 11. & Dd. comm. teste Vigl. Zuich. ad d. pr. quib. non est per miss. fac. test. n. 17. & Jul. Clar. 4. Sent. §. testamentum. q. 5. n. 6.* qui ob id, licet in puncto juris multa dici possent, in Practica tamen ab hac opinione recedendum non esse monet. Sed quicquid sit in puncto juris negativa verior videtur, nõ tantùm *Jure Civili*, quo filiosfam. exceptis castrẽsibus & quasi castrensibus bonis, à testamenti factione arceri supra probatũ est: Sed etiã *Jure Canon.* quo exceptio ista quoad pias causas *ex d. c. licet. extr. de sepulturis* satis probata nõ est. Nã textus iste, cujus hæc sunt verba: *quãvis filiusfã. absq; patris assensu, sibi possit libere eligere sepulturam pro anima tamen sua, præter ipsius assensum (nisi peculiũ castrense aut quasi castrẽse habeat) aliquid judicare nõ potest*: nõ loquitur de testamẽti factione, sed tantùm de dispositione inter vivos, vel in ultimâ voluntate extra testamentum facta, ut hic ejus sit sensus; filium famil. sepulturam quidem sibi eligere suo arbitrio posse, pro anima tamen judicare, sive ad pias causas disponere sine consensu patris non posse, nisi castrensia, vel quasi castrensia bona habeat. Unde à contrario rectè infertur, cum patris consensu etiam de adventitiis & profectitiis eundem rectè disponere, intellige per contractum, vel in ultimâ voluntate absq; testamento tamen, *arg. l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* cum illud ab alieno arbitrio pendere non debeat, *l. illa. 32. pr. ff. de heredib. instit.* Neq; enim argumentum à contrario sensu procedit, quando correctio juris inde sequitur, *arg. l. 2. C. de condic. insert.* cum juris correctio per subauditiones & tacitos intellectus (qualem & à contrario sumtum esse constat) inducenda non sit, *Gloss. in c. cupientes. 17. §. quod si. verbo: petere. de elect. potest. in 6. Everhard. in Topic. d. loco. 82. n. 8. & 9. Adde Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 22. n. 8.* Nec movet, quod patria potestas, quam juris civilis esse constat: *l. 3. ff. de his qua sunt sui vel alien. jur. Jure Canon.* non attendi videatur, *c. fin. in fin. de judic. in 6. Didac. Spin. à Cacer. disp.*

Diff. Ju. Civil. & Can. sed falsa

*disp.4.n.5.* quoniam hoc non simpliciter verum est, sed tantùm quoad judicia de rebus spiritualibus exercenda quæ filiusfamil. etiam citra assensum patris isto Jure expedire potest: in reliquis cum sublatum jus patriæ potestatis doceri non possit, meritò adhuc stare credendum est, *arg.l. præcipimus.32. §.fin. C.de appellat.* (6) Excipiunt filiumfamil. cujus pater ab hostibus captus est, ut is quidem testari interim possit, sed reverso patre ab hostibus testamentum rumpatur, *arg.l.fin.C.de sent.pass.ibiq. Bart.n.9. Bald.n.15. Jas.in addit. ad Christophorum Porc. in §.si ab hostibus.5. quib. mod. jus patr. potest. solv.* relati à *Vasq. de success. progress. lib.1.§.1.n.3.* Sed contrarium verius est, videlicet testamentũ statim ab initio nullius momenti esse: tum quod filius interim, dum pater ab hostibus reverti potest, de statu suo incertus sit, adeoq; testari non possit, *l. de statu. 15.ff. qui test. fac. poss. l.2. §.si quis.3.ff. unde legit.* tum quod propter reditum patris, semper in potestate fuisse fingatur, *l.1.§.1. ff.ad SCt. Maced. Gloss. ad d.l.ult. §.ita tamen.1. verbo: rata sint. C.de sent.pass. & Dd. comm. teste Clar. d. §.testamentum.q.18.n.5. Vasq.d.§.1.n.3.* Deniq; excipiunt casum statuti filiisfamil. testamenti factionem permittentis, quo casu eos de bonis propriis, cujuscunq; generis ea sint, testari posse dubitandum non est. Cùm enim jure Gentium filiifamil. æquè ac patresfam. testari potuerint, ut supra diximus, & jure tantùm Civili hoc jus tolli, & filiisfam. testamenti factionem vicissim permitti posse, *arg.§.ult.in fin. Inst. de legit.agnat.tut. Bart. in l. si quæramus.4.ff. qui test.fac.poss. Vigl. Zuich. ad d.pr. quib. non est permissum facere test.n.3. Clar. d.q.18.n.fin.* Sic Jure Hispanorum liberos legitimæ ætatis testari posse docet *Vasq. d.§.1.n.30.& 31. Didac. Spin. à Cacer. d.pr.4.n.14.* Ita apud Gallos Pictonum moribus receptum esse, ut filiusfam. 17. annos natus, testamentum facere possit, testatur *Eguin. Bar. ad d.t. Inst. quib. non est permiss. fac. test. in part. comm. alt.* Sic apud nos Noribergæ liberis legitimæ ætatis, licet in potestate parentum existentibus, testamenti factio permissa est. *Reform. Noric.t.29.l.5.pr.* Sed hic oritur dubium, utrum si filiusfam. vigore statuti testamentum fecerit, illud etiam ad bona extra territorium statuentis sita porrigendum sit? Et negativa communiter recepta est; tum quod extra territorium jus dicenti impu-

ne

nè non parcatur, adeoq; ſtatutum extra territorium ſtatuentis vires ſuas porrigere nequeat, *l. fin. ff. de jurisd.* tum quod ſtatutum hoc de perſonis, earumq; habilitate diſponat, cujusmodi ſtatuta extra territorium extendi nequeunt. *Bart. ad l. 1. C. de Summ. Trinit. n. 41.* Non obſtat, quod nemo in paganis pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere poſſit, *l. jus noſtrum. 7. ff. de R. J.* Reſpondetur enim d. reg. non procedere in ſtatuto vel conſuetudine de rebus vel perſonis contra jus commune diſponente, ſed tantùm propter diverſitatem patrimonii, & ex legis poteſtate partim teſtatum, partim inteſtatum quem decedere; cum diverſitas iſta patrimonii faciat, ut teſtator duplicem perſonam ſuſtinere videatur, & ut duplex homo conſideretur, alius in loco ſtatuti & alius extra territorium ſtatuentium. *Bart. ad d. l. 1. n. 16. C. de ſumm. Trinit. Geil. 2. obſ. 124. n. 14.* An familia etiam ſtatutum circa ſolennitatem teſtamenti condere poſſit? *vid. poteſt. Schurff. cent. 1. conſ. 18. n. 17.* Deinde non reſiſtit quod teſtamentum vigore ſtatuti coram duobus vel tribus teſtibus factum, etiam extra territorium ſtatuentium vires habeat, *arg. l. propter litem. 21. §. licet. 2. ff. de excuſat. Jaſ. ad d. l. 1. C. de ſumm. Trinit. n. 46. Geil. 2. obſ. 123. Mynſ. cent. 5. obſ. 20. n. 4. Schurff. cent. 2. conſil. 26. n. 4.* Nam reſponderi poteſt, non quidem, hanc opinionem dubiam eſſe per ea quæ habet *Jaſon. ad d. l. 1. n. 43.* de quo infra videbimus; ſed aliam eſſe rationem ſtatuti, quô ſolennitates teſtamenti remiſſæ ſunt, aliam ejus, quo perſona aliàs inhabilis habilitata eſt, ſecundum *Bart. ad d. l. 1. n. 41.* Ratio differentiæ fortaſſis in eo eſt, quod in actu aliquo peragendo eæ ſervandæ ſolennitates ſint, quæ in loco iſto receptæ ſunt, *arg. l. 2. ff de eo quod cert. loco Geil. d. obſ. 123. n. 2.* Sed tentari poſſet non improbabiliter, etiam teſtamentum à filiofam. vigore ſtatuti factum ad omnia bona, ſive in territorio, ſive extra territorium ſtatuentium ſita ſint, vires ſuas porrigere, ut heres inſtitutus in iis ſuccedere eaq; ſibi adquirere poſſit: tum quod nulla videatur ſolida differentiæ ratio inter ſtatutum, quod ſolennitates remittit, & illud, quod filiisfam. teſtamenti factionem permittit: tum quod etiam in cauſâ teſtamenti ſtatutum aliter diſponens de ſucceſſione legitima, quam jure communi cautum eſt, indiſtinctè ad bona extra territorium

 ſita

sita extenditur, sive in rem, sive in personam conceptum sit. *Salicet. ad d.l. 1. C. de summ. Trinit. n. 14. Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 1. th. ult. lit. E.* A causa autem intestati ad causam testati argumentum probabile est, *arg. l. causa cognita. 40. ff. de vulg. & pupill. substit. Everh. in Topic. loco. 54.* Nec movet, quod extra territorium jus dicenti nulla sit authoritas, *d. l. ult. ff. de jurisdict.* Nam hic jus extra territorium non dicitur, sed statutum sufflat spiritum in testamentum, illud validando, ut loquitur *Salicet. ad d. l. C. de summ. Trin. & ex eo Bach. d. loco.* Limitatur autem id quod de filiofam. vigore statuti testante dictum est, ut procedat tantùm in eo, qui jurisdictioni statuentium subjectus est; sive in loco consuetudinis vel statuti, sive extra territorium testari voluerit, nisi forte statuto expressè aliter cautum sit. Nam filiusfam. forensis ne in loco quidem statuti rectè testamentum facit, quoniam statutum non potest habilitare personam jurisdictioni non subjectam, *arg. d. l. fin. ff. de jurisdict. & l. 1. inf. ff. de tut. & curat. dat. Bart. in d. l. n. 26. & Geil. d. obs. 124. n. 15.*

Natura prohibentur ob vitium animi, furiosi, mente capti, & impuberes; ob vitium corporis muti, surdi & cæci: lege verò prodigi, pœna capitis damnati, servi, ab hostibus capti, obsides, & de statu suo dubitantes.

De quibus omnibus supra in generali tractatu *c. 2.* pro instituti ratione egimus. Illud hic repetendum est, quod prodigi licet jure gentium ab ultimis voluntatibus non arceantur, civili tamen jure testamenta, codicillos aliasq; voluntates ultimas condere omninò prohibeantur, *§. 2. Inst. quib. non est permiss. fac. test. l. is cui. 18. ff. qui test. fac. poss.* æquè ac furiosi quibus maxima ex parte eos comparari constat, *l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. l. his qui. 12. inf. ff. de tu-*

*de tutor. & curat. dat.* Sed si tantùm prodigi quibus à magistratu bonis interdictum est. Nam ante interdictionem tam contractus celebrare, quàm testamenta aliasq; voluntates ultimas condere possunt, *d. §. 2. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Unde facilè colligitur prodigum jure nostro non ipso jure, sed demùm magistratus interdictione constitui, *l. 10. l. 16. §. 1. ff. de curat. furios. l. 9. §. 7. ff. de reb credit. d. l. 12. ff. de tutor. & curat. dat. cum similibus Phil. Matth ad d. l. 40. ff. de R. J. Gædd. de contrah. stipul. c. 7. n. 141. Andr. Gerhard. Exerc. Justin. Dec. 7. q. 8.* Sed quid si forte magistratus alicui bonis interdixerit, qui reverâ prodigus non est? Et hunc testamentum facere posse, verius videtur, cum interdictio illa nullius momenti fuerit, adeoq; nec effectum aliquem operari potuerit, *arg. l. Seja. 26. ff. d. t. de tut. & curat. dat. And. Gerh. d. Dec. 7. qu. 9.* ubi rectè addit, etiam prodigi testamentum, quo probè posteritati suæ consuluit, valere per *N. 39. Imp. Leonis*, cujus constitutiones, quatenus juri non adversantur, & casum eô non decisum continent, omninò recipiendas monet *Arum. Ex. 2. th. 2.* Prodigis & furiosis comparantur ebrii & irati, ut nec horum testamenta admittantur, cum & ipsi mente & judicio quodammodo destituantur, *c. 3. & 5. Dist. 35. c. 14. extra de vita & honest. cler. l. quicquid. 48. ff. de Reg. J. ibiq. Dec. & Phil. Matth.* Damnatos quod attinet, eos jure veteri jus testamenti faciendi non habuisse expeditum est; quoniam non tantùm bona confiscabantur, sed & ipsi servi pœnæ efficiebantur, adeoq; ab omni juris civilis communione excludebantur: hodie verò & bonis & libertate relicta testamenti quoq; factionem iis restitutam videri verius videtur, per ea quæ supra *d. c. 2.* in fine diximus.

## Materia testamentorum sunt hereditates, legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes, & alia capitula.

De quibus supra quoq; in tractatu generali *c. 3.* sufficienter à nobis actum est.

Forma teſtamenti eſt vel interna, vel externa. Illa ipſam teſtamenti ſubſtantiam conſtituit, & in heredis inſtitutione conſiſtit.

*§. ante. 34. Inſt. de legat. l. 1. ff. de heredib. inſtit. l. 1. in f. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. l. fin. ff. de jure Codicill.* Adde *Vat. à Vac. 4. decl. 63. n. 7.* qui plura ad formam teſtamenti requirit. Hinc eam in nullo teſtamento ne in litis quidem omitti poſſe verius eſt, *§. 1. Inſt. de milit. teſt.* cum eſſentiale diſcrimen inter teſtamenta & codicillos conſtituat, *l. 1. ff. de jur. Codic. & l. non codicillum. 14. C. de teſtam.*

Externa ſolennitates concernit, veluti ut teſtamentum fiat uno contextu & actu cõtinuo, adhibeantur teſtes idonei, numero ſeptem, ſpecialiter ad hoc rogati, tam animo quam corpore præſentes; & in ſcripto teſtamento ſubſcribant, ac ſignacula ſua apponãt.

Forma igitur externa teſtamenti in ſolennitatibus poſita eſt; quæ vel factum ipſum teſtandi, vel teſtium adhibitionem reſpiciunt. Et ipſum quidem teſtandi factum uno contextu & actu continuo peragi debet. *l. heredes. 21. §. fin. ff. qui teſt. fac. poſſ. l. hac conſultiſſima. 21. l. cum antiquitas. 28. C. de teſtam.* ut nullus actus extraneus, qui ad teſtamentum non pertinet, interveniat; niſi fortè ad naturæ neceſſitatem, veluti victus neceſſarii aut potionis oblatio. *d. l. 28. C. de teſtam.* Hinc dubium exiſtit, an contractus etiam in teſtamentis celebrari poſſit? Et communiter quidem diſtinguunt, utrum contractus penitus à teſtamento remotus ſit, an cognationem quandam cum eo habeat, ut non priori, *arg. l. verba. 20. ff. de V. S. l. 6. §. fin. ff. de duob. reis.* ſed poſteriori tantum caſu contractus

in

in testamento rectè celebrentur, veluti libertorum assignatio, *l. 1. §. 3. l. 7. ff. de adsign. libert.* divisio, quæ emtionis vicem sustinet, *l. 1. C. communia utr. jud.* pignoris constitutio, *l. non est mirum. 26. ff. de pignor. act. Clar. 3. Sent. §. testamentum q. 75. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 23. n. 4. Treutl. vol. 2. D. 10. th. 5. lit. H. & Dd. comm.* Verùm cùm omnes contractus à testamento alieni videantur, per *d. l. 20. de V. S.* quæ generaliter loquitur, adeoq; generaliter accipienda est, *arg. l. de pretio. 8. ff. de publ. in rem act.* tutius fortassis est, ut jus testamentorum & contractuum, sive jus ultimarum voluntatum & actuum inter vivos non confundamus. Nec movent, quæ pro communi ista distinctione allata sunt. Nam adsignatio liberti contractus non est, sed tale negotium, quod tam mortis causa, quàm inter vivos expediri potest. *d. l. 1. §. 3. & d. l. 7. ff. de adsign. libert.* Sic & divisio vel inter vivos fit, vel in ultima voluntate: illa quando inter plures coheredes realiter & pro partibus divisis res dividuntur, maximè, si ut fieri solet, pretio interveniente, adjudicatio necessaria est. *arg. §. si familiæ. 4. & §. seq. de off. judic.* emtioni non absimilis est, *d. l. 1. C. communia utriusq. judic. &c.* hæc verò, si forte pater in testamento, vel alia voluntate ultima bona sua inter liberos dividat, *N. 15. c. 7.* neq; contractus naturam imitatur. Sed & pignus variis modis constituitur, interdum inter vivos contractu reali, *§. fin. Inst. quib. mod. re contrah. obl.* vel nuda conventione, *l. 1. ff. de pignor. act.* vel magistratus authoritate, *l. 1. & 2. C. de Prætor. pignor.* interdum mortis causâ, veluti quando testator testamento pignus sive jus pignoris alicui constituit, *d. l. 26. ff. de pign. act. Vigl. Zuich. ad §. 3. Inst. de test. n. 4. & 5. Harpr. n. 6. Fachin. 5. contr. 32. Arum. Ex. 7. th. 18. Tim. Fab. ad Inst. D. 18. th. 3. Lockam. Q. Justin. 216.* Deniq; frustra planè huc affertur *l. fin. C. de fideicomm.* ex quâ testatorem legatario ab herede in testamento stipulari posse putant *Alciat. ad d. l. 20. ff. de V. S. circa fin.* Nam hoc in textu isto non dicitur, sed tantum heredis præsentis, qui testatoris rogantis, ut hereditatem totam, vel partem, vel rem aliquam restituat, voluntatem intervertere conatur, perfidia coërcetur, ut ex ipso textu, & *§. ult. Inst. de fideicommiss. hereditatibus* haut obscurè colligitur. Adde *Hieron. Pantschm. lib. 2. Q. jur. contr. q. 7.* Neq; quicquam

quam refert, utrum in ipso testamento, an inter testandum cum tertio aliquo contractus celebratus fuerit. Utroq; enim casu testamentum, tanquam peractum extraneum intervenientem vitiari dicendum est, *arg. d. l. 21. §. ult. ff. qui test. fac. poss. l. 6. §. fin. ff. de duob. reis. & d. l. 20. ff. de V. S.* Quæ lex licet ab aliis ad edictum Prætoris de cap. minut. referatur, ut videre est apud *Alciat. & Gœdd. ad d. l. 20. de V. S.* ab aliis verò hic ejus sensus ponatur, quod verbis istis contrahere, gerere, testamenti factio non comprehendatur, *Bach. ad Treutl. d. th. 5. lit. H.* tamen hoc satis apertè probat, quòd contractus & testamentũ divisa planè & separata sint, ita ut pro alienis meritò habeantur, id quod ad probandam hanc opinionem nostram sufficit; quam & sine textu isto veriorem de jure esse non diffitetur allegato loco *Bach.* ubi & hoc addit, si forte testator dum de rebus suis disponit, heredi præsenti & consentienti, certis pactionibus aliquid se vendidisse, verbis testamenti exprimat, id saltem in vim legati valiturum, adeoq; nec testamentum vitiaturum. Adde *Gloss. ad d. l. 21. §. ult. ff. qui test. fac. poss.* Alterum quod ad formam testamenti externam pertinet (nam quæ generaliter ultimas voluntates concernunt supra *part. gen. c. 3.* à nobis exposita sunt) est testium adhibitio, sine quâ testamentum solenne (de quo nobis præcipuè hic sermo est) non valere, satis apparet ex §. *sed cum 3. Inst. de testam.* Ea autem vel in genere qualitatem & quantitatem testium, vel in specie testamentum scriptum respicit. Qualitas in eo est, ut testes (1) sint idonei. (2) specialiter ad hunc actum rogati; & (3) animo & corpore præsentes. Idonei qui nam sint, mox infra videbimus; rogatos autem testes esse debere probat apertè *d. l. 21. §. 2. ff. qui test. fac. poss. 21. pr. C. de test. Auth. rogati C. de testibus.* Sed quænam causa sit, hujus solennitatis non ita expeditum est. Quidam id in testamentis specialiter ad evitandam fraudem receptum esse volunt, *Donell. 6. comm. 7. & ex eo Treutl. d. th. 5. lit. B.* Verùm cùm & in Codicillis hoc idem observandum, ut fraus excludatur, *arg. l. ult. C. de fideicomm.* in quibus tamen fortuitos testes sufficere constat, *l. ult. C. de codicill.* tutius fortassis est, ut ad scrupulosam testatorum solennitatem hoc referatur cum *Bach. ad Treut. d. th. 5. lit. B.* quemadmodum & aliàs in iis, quæ testato geruntur,
præ-

præter præsentiam testium etiam rogatio & advocatio requiritur, *l. testium. 18. & Auth. seq. C. de testib. N. 90. c. 2. Guilh. Forn. 2. Select. 10. & ex eo Hillig. ad Don. d. c. 7. lit.* E. Adde *Tim. Fabr. D. 18. th. 4. inf.* Illud non refert, utrum initio specialiter ad actum testandi rogati, siveob aliam causam vocati, vel etiam fortuitò intervenerint, & postea ante ipsum testandi actum, se ad testamentum adhiberi, certiorati fuerint, *d. l. 23. §. 2. verf. quod sic accipiendum. C. de testam. Recess. Imper. de Ann. 1512. §. 27.* Sed nec illud multum interest, utrum ab ipso testatore, an à Notario, vel etiam alio quocunq; rogati sint, ut docet post alios à se allegatos *Vasq. de Success. creat. lib. 2. §. 13. n. 69. & seqq. aliquot.* quamvis postrema hæc extensio periculosa sit, ut notat *Sichard. ad d. l. 21. C. de testam. n. 6.* Idq; non tantùm in scripto, sed etiam nuncupativo testamento, *Nicol. Boër. Dec. 34. n. 8.* tam *Jure Canon.* quam *Civili* obtinere verius est per *c. relatum. 11. ibi: requisitis. extra de testam. Vasq. d. §. 13. n. 65.* In dubio tamen testes rogati nō præsumuntur, sed ab herede instituto hoc probandum est, cum rogatio ista solennitas extrinseca sit, adeoque probari, non præsumi debeat, *arg. l. quacunq; 13. §. ult. ff. de publ. in rem. act. Sich. ad d. l. 21. n. 7.* Nisi forte Notarius verbo aliquo usus esset, quod rogationem in se contineret, *l. Divus. ibiq; Gloss. in verbo: convocatis. ff. de test. milit. Sich. d. n. 8. in f.* Vel testes subscripserint, *Boër. d. deciss. 34. n. 4. & alii ab eo allegati.* Quæ tamen posterior limitatio quoad testamentum scriptum ferè regulam evertit, cum testamentum in scriptis factum non valeat, nisi testes subscripserint, adeoq; in testamento scripto rogatos testes esse semper præsumendum vel subscriptionem ad præsumendam rogationem non sufficere dicendum sit, ut notat *Bach. add. th. 5. lit. B:* Adde *Vasq. d. §. 13. n. 53. & n. 67.* Præter rogationem autem requiritur, ut testes animo & corpore præsentes sint, *d. §. 3. Inst. de testam. ordin.* & non tantùm loquentem testatorem audiant, sed etiam præsentem videant, *l. si non. 9. C. d. t.* Unde si forte inter testatorem & testes paries vel murus intercederet, etiamsi testes notam haberent testatoris vocem, testamentum tamen non valere verius est, per *d. l. 9. ibiq; Jason. n. 7. Sich. n. 2. Vasq. d. lib. 2. §. 14. n. 2. & Dd. comm.* reprobatâ opinione *Gloss. in l. 2. §. idem habeo. 8. verb. audierunt. ff. de aqua & aquæ*

pluv.

*pluv. arc.* &c. Quamvis in actibus inter vivos etiam auditum sufficere negari non possit, per *Gloss. in d. l. 2. Vasq. d. n. 2. Sich. n. 5.* qui videri potest. Restat ut de numero testium pauca quoq; adjiciamus, quem hodiè ad septenarium redactum esse constat. Nam cum olim in testamento, quod per æs & libram fiebat, quinq; testes cum libripende & emtore familiæ adhiberentur. *§. 1. Instit. d. t. de testam. Ulp. in fragm. t. 21. de testam. §. 1. in f.* Prætor (ex Edicto enim Prætoris non ex lege Cornelia testamentaria numerus hic testium est. *§. 3. Inst. d. t.*) sublata illa mancipatione & imaginaria venditione, quâ hoc testamenti genus perficiebatur, quinq; testibus, quos jus Civile requirebat, alios duos in locum ponderatoris & familiæ emtoris adjecit. *§. 2. Inst. d. t.* Quinq; autem testes cur jus Civile ad testamentum requisiverit, non improbabilis conjectura est, quæ à quinq; classibus, in quas populus divisus erat, desumitur, ut testamentum hoc quasi coram universo populo, singulas classes, singulis testibus repræsentantibus fieri videretur. *Bach. ad d. §. 2. Inst. de testam. & in not. ad Treutl. v. 2. d. 5. lit. A. Hillig. ad Don. d. c. 7. lit.* F. Adde *Tim. Fabr. D. ad Inst. 18. th. 4. & 5. Ant. Matth. in not. ad d. §. 3. de testam. ibiq. Harpr. n. 21. inf. Arum. Exerc. 7. th. 10. & Vult. ad §. possunt. 5. cum seqq. Inst. d. t. de testam. n. 27.* Et hic numerus testium etiam hodie necessarius est; non obstante vel *Nov. Leon. 41.* quæ in civitatibus tribus in agris quinq; testibus contenta est; vel *Jure Canonico*, quod testamentum coram Parocho & duobus vel tribus testibus validum esse statuit. *c. cum esses. 10. extra de testam.* quoniam Novellis Leon. contra Jus Justinianeum non utimur, ut docet *Cujac. 17. obs. 31. Jus* verò *Canonic.* quoad numerum hunc testium in terris quidem Ecclesiæ attenditur, in imperio verò nostro receptum non est. *d. Recess. Imp. de Ann. 1512. tit.* von Testamenten. §. und sollen die *Notarii &c. Vigl. Zuich. ad d. §. 3. Inst. de test. n. 6. contr. 47. Arum. d. th. 10.* Adde *Gloss. ad d. c. 10. extra de testam. & Didac. Spin à Caceres: in Spec. testam. Gloss. 31. pr. n. 34. & seqq. aliquot.* Hic dubium existit, an numerus iste testium sit de substantia vel forma essentiali, an verò de solennitate, sive externa testamenti forma? Et prius Dd. magis communiter placuit per *l. si unus. 12. C. de testament. Bart. ad l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Sich. ad d. l. 12. n. 2. C. de testam.*

*Harpr.*

*Harpr. ad d. §. 3. de testam. n. 26. Trentl. d. th. 5. lit. A. Vacon. à Vac. 4. declar. 63. n. 7.* Verùm posterius veritati magis conveniens est, cum testamentum non tantum jure Gentium, ut supra *part. gen. c. 3.* diximus, sed etiam jure Civili quibusdam casibus (puta in testamento militis, parentis inter liberos, rusticorum) coram minori testium numero confectum valeat. Nec effugiunt, quando de perfecto & solenni testamento hic quæri regerunt, *Vacon. d. decl. 63. n. 8. in f.* Nam cum hæc ipsa testamenti distinctio in solenne & minus solenne non ab essentiali forma petita sit, facilè colligitur solennitates quoq; istas, & conseq. numerum etiam testium ad externam tantum formam pertinere, *arg. d. l. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testam. Myns. ad d. §. 3. Inst. de testam. n. 3. & 4. Dn. Ungep. Exerc. 8. q. 1.* Sic quoq; non obstat. *d. l. 12. C. de testam.* in quo vel uno ex septem testibus deficiente, ipsum testamentum deficere scriptum est. Respondetur enim id non propterea contingere, quod numerus iste de substantia testamenti sit, sed quod solennitate ad actum aliquem de jure requisita non observata, actum ipsum corruere necesse sit, *arg. l. nec ex Prætorio. 27. ff. de R. J. & l. 4. ff. qui test. fac. poss.* Adde *Vasq. de Succ. creat. lib. 1. c. 2. n. 2.* Hâc ergo positâ sententiâ, quæritur ulterius, an testamentum imperfectum, sive coram minori testium numero confectum in foro conscientiæ obliget, adeoq; obligationem naturalem producat? Negativam post *Bald. Fulgos. & alios allegatos tenet Vasq. de Success. creat. lib. 1. §. 1. n. 22.* tum quod testamentum sit juris positivi, ita ut eo remoto (quod fit dum solennitates negliguntur) defunctus de rebus suis in eum casum, quo dominus eorum futurus non est, disponere nequeat, *arg. l. 1. & l. quod sponsa. 4. C. de donat. ante nupt.* tum quod naturalis obligatio non nisi ex consensu oriatur, *l. 2. ff. de novat. l. non minorem 70. C. de transact. cum similibus*, at hic nullum heredis consensum esse expeditum est. *Harpr. ad d. §. 3. de testam. n. 29.* Facit quod ex stipulatione imperfecta sive vitiosa ne naturalis quidem oriatur obligatio, *arg. l. 1. §. 2. ff. de V. O. Gœdd. de contrah. stip. c. 3. n. 198.* Affirmativam verò probant *Dd. comm.* (1) per *l. 2. C. de fideicomm. in f. & l. in testamento. 38. ff. de fideicomm. libert.* ex quibus textibus satis apparet, conscientiæ & pietatis intuitu

etiam ex testamentis imperfectis libertates aliaq; relicta rectè præstari. (2) quoniam defuncti voluntas, de qua etiam sine septem testibus constare potest, hic totum facit, & sola obligationem inducit, *arg. l. in condicionibus. 19. ff. de condic. & demonstr. N. 22. t. 2.* (3) per *textus Deut. 17. Matth. 18. & in d. c. cum esses. 10. extra de test* unde patet authoritate sacrarum literarum & Canonum, veritatem etiam in testamentis per duos testes satis probari. (4) per *pr. Inst. de fideicomm hereditat.* ubi dicitur initio quidem fideicommissa nullam præstandi necessitatem habuisse, sed à solo pudore eorum, qui rogabantur dependisse: quos adeò naturaliter obligatos fuisse, vel ex eo colligitur, quod *Justin.* perfidiam appellet, non facere vel præstare rogata, *d. pr.* Deniq; huc facit decisio præcedentis quæstionis. quod numerus iste testamento essentialis non sit, sed statuto minui possit, *Bart. ad d. l. 55. n. 17. ff. de legat. 1. Jas. in l. non dubium. 16. n. 4. C. de testam. ibiq; Sich. n. 6. Bach. ad Treutl. d. th. 5. lit. A. & Dd. magis comm.* ut supra jam attigimus. Non obstat (1) quod testamentum juris positivi sit: quoniam nihilominus ex imperfecto vel minus solenni testamento naturalis obligatio oriri potest, cum ultima voluntas in genere jure gentium introducta, adeoq; ad perfectionem duobus testibus, vel qualicunq; probatione contenta sit, ut *supra part. gen. c. 2. & 3. diximus*: frustra dissentiente *Ant. Fabr. Dec. 36. err. 2.* Imò licet admisso, sed non concesso eo, quod ultimæ voluntates omnes juris Civilis sint, tamen adhuc defendi potest, heredem etiam ex ratione juris gentium voluntati defuncti parere debere, ut rectè monet *Bach. loco alleg.* Deinde non resistit, quod naturalis obligatio tantum ex consensu oriatur; quoniam magis est, ut hoc falsum videatur, cum eam ex æquitate potius nasci verius sit; toties videlicet, quoties quem vel ex consensu, vel alia causa obligari æquum est, *arg. l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solut. l. 1. §. ult. inf. ff. de furt.* Adde *Val. Riem. Ill. Q. Dec. 9. q. 2. & Dec. 12. q. 1. 2. & 3.* Deniq; nihil movet exemplum stipulationis vitiosæ, quam propterea in vim pacti non valere constat, quod animus paciscendi defuerit: quippe non statim qui stipulari & ex stipulatu obligari, is etiam pacisci & ex pacto naturaliter obligari voluit, *arg. d. l. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact.*

alia

alia autem ratio testamenti est, ex quo si de voluntate testatoris certò constet, heredem saltem naturaliter obligari dicendum est, *arg. d. pr. Inst. de fideicomm. hereditatib. pr. & tot. t. Inst. de milit. test.* Non quidem ut compelli heres, remedio aliquo civili possit, aut saltem legata, quæ per errorem ex testamento imperfecto solvit, repetere impediatur, *arg. l. 5. §. si quis. 15. inf. ff. de donat. int. vir. & uxor.* sed tantum ut in foro conscientiæ & honestatis intuitu ad præstanda ea, quæ defunctus voluit, obligatus intelligatur, *arg. d. pr. de fideicomm. hereditatib.* Duplex enim est naturalis obligationis consideratio, una quæ jure civili cum certis effectibus probata & recepta est, & altera quæ in meris terminis juris gentium consistit, adeoq; jure Civili ferè non attenditur: de qua posteriori accipienda est Dd. opinio: quod ex testamento minus solenni naturalis oriatur obligatio, ut docet *Bach. d. loco.* Adde *Jul. Clar. in d. §. testamentum. q. 90. & Wesemb. cons. 38.* Et hæc quæ de numero testium hactenus dicta sunt, regulariter procedunt, sunt enim quædam testamenta quæ & minori testium numero contenta sunt, ut (1) omnia testamenta imperfecta, puta militis, parentis inter liberos, ad pias causas, & rusticorum, de quibus infra suo loco dicendum erit. (2) Testamenta coram Pr. & apud acta cujuscunq; judicis facta, quæ etiam sine ullis testibus valere verius est, & supra hoc ipso cap. diximus. (3) Testamentum pestis tempore factum, circa quod distinguunt D.l. ut si parva sit pestis, omnino septem testes requirantur, si verò magna & duraquinq;, sin ipse testator peste correptus vel domus ejus infecta, duo vel tres testes sufficiant, *Mynf. cent. 1. obs. 96. Geil. 2. obs. 118. Treutl. d. D. 10. th. 6. lit. I.* Verùm hæc opinio utut speciem aliquam æquitatis præ seferat, *Clar. d. §. testamentum. q. 56. n. 3.* & in Camera quoq; teste *Mynf. d. loco.* aliisq; judiciis recepta sit, *Nicol. Boër. Dec. 228.* quamvis *Clar. & Boër.* præcisè quinq;, non pauciores testes requirant, *arg. l. ult. C. de testam.* tamen juri nostro convenire non videtur (1) quoniam à reg. quod septem testes in testamento requirantur, nusquam exceptum experitur hoc testamentum, adeoq; meritò sub regula relinquendum est. *arg. l. 4. §. 1. inf. ff. de heredib. instit. l. 5. ff. de probat.* (2) quod in *l. casus. 8. C. de testam.* congregatio quidem

*De hoc testamento vide infra c. 3.*

dem testium tempore contagionis remissa, numerus autem conveniens imminutus aut sublatus non sit. *Giph. ad d. l. 8. Fachin. 5. contr. 92. Bronch. cent. 2. misc. 12.* Nec movet quod *d. l. 8.* non de peste, sed morbo caduco vel comitiali intelligendam putent *Jas. & alii in d. l. 8.* quorum opinionem etiam probat *Bach. ad d. th. 6. lit. l.* Nam ut taceam, quod verbum contagionis ibidem positum hanc interpretationem vix admittere videatur, frustra quoq; *Justin.* casum hunc jam antea in *h. l.* decisum, iterum decidisset in *l. cum antiquitas. 28 pr. C. eod. t.* deniq; per *l. conficiuntur. 8. §. 2. ff. de jur. codicill.* ex quo textu colligitur, nihil referre ad minuendum testium numerum, utrum quis potuerit eo tempore, quo testamentum fecit, plures testes cogere, an non potuerit. *Harpr. ad §. 3. & 4. Inst. de testam. n. 39.* Non obstat ergò (1) quod tempore necessitatis, quando fortè plures testes haberi nequeunt, à regula juris communis recedendum sit, *arg. d. l. ult. C. de testam.* Respondetur enim, ne in necessitatibus quidem aliter à jure communi recedi, quàm si id expressum sit, *Giph. ad d. l. 8.* idq; ex ipsa *d. l. ult. de testam.* haut obscurè confirmari, in quo licet fortè eo in loco quinq; testes idonei haberi nequeant, coram minori tamen testium numero testari rusticis concessum non est. Deinde non resistit, quod tempus belli & tempus gravissimæ pestis comparentur, quasi tempore pestis bellum inter DEUM & homines esse videatur, post *Bart. in l. 5. n. 23. ff. de usurp. & usuc. & in l. un. n. 1. ff. de bon. poss. ex test. milit. Mynf. d. obs. 96. & Geil. d. obs. 118 n. 18.* Respondetur enim comparationem istam non per omnia procedere, cum militibus propter imperitiam & pericula, quæ pro republ. sustinent, privilegium hoc testandi quo volunt & possunt modo, concessum sit. *pr. Inst. de milit. test. l. 1. pr. l. testamenta. 26. in f. ff. eod. t.* quod adeò sine textu ad tempus pestis, si fortè testat r vel testes hoc morbo laborent, extendendum non est. Adde *Fach. d. lib. 5. contr. 92. Arum. Exer. 7. th. 11. Dn. Ungep. Exerc. 8. q. 1.* Minus vel nihil ad rem facit, quod in dubio ea tenenda sit opinio, quæ pro testamento facit, *l. si pars. 10. ff. de inoff. test. Geil. d. obs. 118. in fin.* Responderi enim potest, hic in casu dubio nos non versari, sed eum satis clarè decisum in *d. l. 8. C. h. t.* vel certè sub generali regula testamentum comprehensum, pro dubio haben-

bendum non esse, *Goth. ad d. l. 8. in fin. C. de testam.* Sed posito, quod pestis tempore coram minori numero testium rectè testamentum fieri possit, dubitari potest, an si testator convalescat, testamentum nihilominus valeat? Et affirmativam tenet post alios allegatos *Boër. d. Dec. 228. n. fin.* quamvis negativa fortassis non improbabilis videri possit, *arg. l. quod constitutum 20. ff. de test. milit.* ex quo patet militare tantum intra annum post missionem valere *§. 3. Inst. eod. t.* (4) Deniq; valet testamentum coram duobus vel tribus testibus conditum, si forte lege, statuto, vel consuetudine alicubi id receptum sit, *arg. l. omnes 9. ff. de just. & jur.* Quamvis enim quidam id negent, alii per legem quidem, non verò statutum aut consuetudinem minorem numerum induci posse existiment, ut videre est apud *Jas. in l. 1. C. de summ. Trin. & l. 9. C. de testam.* tamen affirmativa verior est, modò statutum conditum sit ab iis, qui jus statuendi habent, vel certè superioris confirmatio accesserit. *arg. d. l. 9. de just. & jur.* Ratio satis expedita, quoniam numerus septenarius à jure Civili introductus est, *l. 23. C. de testam. & §. 3. Inst. eod. t.* adeoq; contrario jure Civili remitti mutariq; potest, *arg. §. pen. Inst. de jur. nat. gent. & Civili. §. ult. in fin. Inst. de legit. agnat. tut. Jas. ad d. l. 1. C. de summ. Trinit. n. 34. & seqq. Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 2. n. 12. & lib. 3. §. 22. n. 44. cum seqq.* Sic apud Gallos moribus receptum, ut præsentibus quatuor idoneis testibus testamentum factum valeat, teste *Eguin. Bar. ad t. Inst. de testam. part. alt.* Sic in Civitate Venetiarum est statutum vel consuetudo, ut validum sit testamentum coram duobus testibus Notario & Parochiano conditum, teste *Jas. ad d. l. 1. n. 33.* Ita apud nos cautum, ut testamentum coram duobus testibus ex numero consilii majoris (Genandten) factum subsistat. *Reform. Noric. t. 29. l. 1.* Ubi duplex occurrit dubium. (1) An testamentum ejusmodi secundum statuta vel consuetudines factum etiam ad bona extra territorium sita extendatur. (2) An consuetudo vel statutum ejusmodi etiam forenses sive extraneos ibidem testantes comprehendat? Et prius quidem facilè deciditur ex iis, quæ supra hoc ipso capite de filiofamil. vigore statuti testamentum faciente à nobis dicta sunt.

 Sta-

Statutum enim circa solennitates disponens ubiq; attenditur, & extra territorium etiam vires suas porrigit, *arg. l. 1. §. ult. ff. de ventr. inspic. Bart. ad d. l. 1. C. de Summ. Trinit. n. 36. ibiq; Jas. n. 44. & seqq.* Major verò difficultas est circa posterius dubium (1) per *l. si non speciali. 9. C. de testam.* ubi solennitates testamentariæ ab omnibus servandæ sunt, nisi per privilegium remissæ sint. Cùm ergò forensi nullum indultum sit privilegium, nec testamentum ejus coram minori testium numero factum valere dicendum est. (2) Per *l. sed si. 32. ff. de jur. fisc.* ubi ad obsides, qui procul dubio pro extraneis & forensibus habendi sunt, privilegium iis datum, qui accepto usu togæ semper ut Cives Romani egerunt, non pertinet. (3) *arg. l. ult. C. de testam.* per quem textum rusticis coram 5. testibus testari concessum est, quod tamen aliis licet in rure existentibus minimè permittitur, *l. conficiuntur. 8. §. codicill. 2. ff. de jur. codicill.* (4) quoniam statutum Jus Civitatis proprium est, *§. jus autem. 1. Inst. de jur. nat. gent. & civil. l. omnes. 9. ff. de just. & jur.* ideoq; ad extraneos & forenses extendendum non est, *arg. l. fin. ff. de jurisd. Jacob. de Aren. relatus à Bart. ad d. l. 1. C. de summ. Trin. n. 24. Oldrad. Cons. 248. allegatus à Jas. ad d. l. 1. n. 40. Fachin. 5. contr. 90.* qui & ipse hanc opinionem probat, nisi forte talis sit peregrinus, qui onera civitatis subire sit solitus: hunc enim & commoda civitatis & statutorum ejus sentire debere existimat. Verùm hæc distinctio nodum non tollit, cùm ejusmodi peregrinus vix pro forensi, de quo hic quæstio, haberi posse videatur, utpote ad quem neq; commoda neq; incommoda civitatis pertinent. *Bart. igitur. ad d. l. 1. C. de summ. Trin. n. 25.* contrarium tenet, videlicet testamentum forensis secundum consuetudinem vel statutum loci factum omnind valere, quem sequitur *Jas. ad d. l. 1. n. 40. & in 2. lect. n. 82. & Dd. magis comm. teste Fach. loco allegato. Geil. 2. obs. 123. n. 3. Sich. ad d. l. 9. C. de testam. n. 7.* Rationes hujus opinionis sunt (1) quod eo casu, quo statutum disponit de solennitate actus, semper solennitas ejus loci observanda est, in quo testamentum vel alius actus celebratus est, *arg. l. 1. §. ult. ff. de ventr. inspic.* (2) quoniam in contractibus attenditur statutum loci, in quo contractus celebratus est, *arg. l. si fundus. 6. ff. de evictión.* Ergo etiam in testamentis statutum loci, in quo testamentum

tum

tum conditur, inspiciendum est, cùm bonum & validum sit argumentum, quod à contractibus ad ultimas voluntates ducitur, *arg. l. fin. C. de legat. Everh. in Topic. loco. 36. n. 1.* Nec movet, quod non sit eadem hic contractuum & ultimarum voluntatum ratio, cum in contractibus propterea statutum loci attendatur, quoniam contrahendo quis forum sortiatur in eo loco, quod de testamento dici non potest. *Jas. d. l. 1. in 2. lect. n. 84.* Respondetur enim non hanc veram esse decidendi rationem, sed illam potius, quod semper quoad solennitates inspiciatur locus, ubi res agitur, *arg. l. 1. C. de emancipat. liberorum.* Qui textus licet non de solennitate actus, sed potestate faciendi, & quidem eo casu, quo statutum expressè etiam de forensibus conceptum est, loquatur, ut monet *Jas. ad d. l. 1. n. 40. & Fachin. d. loco.* tamen hoc ex eò satis apertè colligitur, quod statutum in iis, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis (qualem actum & testamenti factionem esse volunt) etiam forenses comprehendat, ut docet *Bart. ad d. l. 1. n. 25. & Jas. n. 40. Joh. Petr. de Ferrar. in Pr. sua. form. libell. quo pet. heredit. ex testamento. n. 4. Prav. Pract. concl. lib. 2. concl. 123.* Ad fundamenta contrariæ opinionis quod attinet, responderi potest (1) *d. l. 9. C. de test.* nihil aliud dicere, quàm quod solennitates juris communis servandæ sint, nisi privilegio in loco aliquo remissæ fuerint: at nos versamur in casu, quo solennitates testamentorum statuto vel consuetudine remissæ sunt; cujusmodi statuta vel consuetudines etiam extraneos & forenses continere probabile est, *arg. d. l. 1. C. de emancip. liber.* (2) *d. l. 32. ff. de jur. fisc.* De obsidibus loquitur, qui non pro extraneis tantùm & forensibus habendi, sed planè cives Romani non sunt, adeoque cùm testamenti factionem omninò non habeant, *l. obsides. 11. ff. qui test. fac. poss.* nec statutum de testamenti factione ad eos pertinere potest. *Bart. ad d. l. 1. n. 24.* (3) Ad argumentum *ex l. fin. C. de testam. juncta l. 8. §. 2. ff. de jur. codicill.* petitum respondet *Bart. d. loco.* per distinctionem, & siquidem statutum de certis personis conceptum sit, ut *d. l. fin. de rusticis.* illud ad alios extendi non debeat: Si verò simpliciter & indefinitè, ut hoc nostrum statutum de solennitate testamentorum, etiam ad forenses rectè porrigatur, *arg. l. sed si quis. 9. ff. test. quemadmodum aperiantur &c. & l. 2. C. eod. t.* Aliter respon-

respondet *Fachin.* loco allegato, videlicet *arg. d. l. ult.* prorsus nihil ad rem facere, cum nostra quæstio præsupponat relaxatam esse juris solennitatem in loco, in quo testamentum conficitur: sed in eo tantum sit difficultas, an & peregrinus eodem jure potiatur, de quo *in d. l. ult.* nihil cautum. Sed vereor, ut hæc responsio scopum attingat, & vim argumenti elidat: siquidem & in *d. l. fin.* solennitates rusticis in eo loco remissas esse, & tamen ab aliis omninò observandas satis apparet, ut ita prior *Bart.* responsio meritò præferenda videatur. Ad ultimum deniq; fundamentum responderi potest, negando consequentiam, quoniam statutum hoc non extra terminos jurisdictionis vel territorii extenditur, sed cum ad locum, non personas certas referatur, non immeritò forensibus eodem in loco versantibus ejus beneficio uti concedendum est, *arg. d. l. 1. C. de emancip. liber.* quemadmodum & aliàs quemvis regulariter alterius magistratus jurisdictioni se subjicere posse constat, *l. est receptum. 14. l. si convenerit. 18. ff. de jurisdictione.* Huc pertinet quæstio quam habet *Sich. ad d. l. 9. C. de testam. n. 7.* de quodam qui in Hispaniam tanquam legatus missus, ibiq; decedens, testamentum secundum loci consuetudinem fecerat. Adhibenda autem hic est superius relata ex Bart. distinctio, ut siquidem consuetudo vel statutum simpliciter & indistinctè conceptum sit, omninò valeat testamentum, si verò in specie ad cives vel incolas ejus loci relatum fuerit, testamentum ita factum nullius momenti sit, ut rectè *Sich. d. loco.* Similis controversia in Dicasterio Norico ventilata & pro testamento decisa est Ann. 1588. 26. Junii. Sed hæc sententia postmodum in secunda instantia coram senatu retractata, 18. Decembr. Ann. 1590. & tandem in Cam. imperiali confirmata 16. Febr. Ann. 1604. Nec immeritò. Cum enim statutum Noricum exprefsè ad cives & incolas Civitatis se referat, ad forenses vel extraneos extendendum non est, ut eruditè docet *Donell. consil. 97. & Ingolstad. cons. seq. sive adoptivo. 14.* Adde *Fachin. d. l. 5. c. 91.* Et hæc de testamenti solennibus in genere sufficiant. In scripto testamento præterea requiritur (1) ut testes singuli propria manu subscribant. *§. 3. Inst. de testam. l. ad testium. 22. §. si quis. 4. & l. pen. ff. qui test. fac. poss.* Nisi fortè in tali sint loco, ubi tot periti literarum non reperiuntur; tunc enim unus

unus pro alio subscribere potest, *l. ult. C. de testam.* (2) requiritur, ut signacula sua apponant, §. *2. & 3. Inst. d. t.* Sive annulo testamentum obsignent, §. *possunt. 5. eod. t.* sive proprio sive alieno, *d. §. 5. l. si unus. 12. C. de testam.* imò omnes testes etiam uno annulo signare posse, expressè scriptum est in *d. §. 5.* Quod si tamen testes alieno annulo usi fuerint, id in subscriptione exprimere debent ne aliàs alienis utentes insignibus in falsi crimen incidant. *l. eos qui. 27. §. ult. ff. ad l. Cornel. de fals. Angel. Aret. ad d. §. ult. Dd. comm.* Quamvis si fortè in subscriptione alieni annuli mentio facta non fuerit, propterea testamentum nõ vitiari verius sit, cùm nunquam hæc solennitas jure expressè reperiatur, adeoq; meritò pro omissa habẽda sit, ut rectè post *Johann. Fabr. docet Vigl. Zuich. ad d. §. 5. n. 5. Mynsi. n. 4. Harpr. n. 1.* Verùm hîc difficultas incidit, utrum testes annulo tantùm, an etiam alio signo signare possint? Et pro annulo pugnare videtur *Ulp. in d. 22. §. signum autem. 5. ff. qui test. fac. poss.* ubi expresse ait: & magis est, ut tantùm annulo quis possit signare. Cui sententiæ subscribunt *Impp. Dioclet. & Maxim. in d. l. 12. C. de testam.* dum testamentum si testes suo vel alieno annulo non signaverint, deficere apertè constituunt. Accedit, quòd annuli adhibitio de ipsa solennitate testamenti esse videatur *per d. l. 12. vers. de his autem.* adeoq; ad actus validitatem præcisè adhibenda. *arg. l. cum hi. 8. §. si Prætor. 17. ff. de transact. ibiq; Gloss. Vigl. Zuich. ad d. §. 5. n. 2. Cujac. 14. obs. 11. Duar. ad t. ff. qui test. fac. poss. rubr. de test. in script. Tima Fab. D. ad Instit. 18. th. 7. & alii allegati à Dn. D. Ungep. Exerc. 8. q. 2. in Nego.* Verùm contraria opinio, videlicet non annulo tantùm, sed etiam alio signo testes rectè signare moribus recepta est, non Italiæ tantùm, de qua testatur *Accurs. in d. l. 12. §. 5. ff. qui testam. fac. poss.* & fatetur etiam *Vigl. d. loco.* Sed etiam Imperii nostri, uti probat communis observantia, & confirmatum videtur *Constit. Maximil. l. de Ann. 152. rubr.* von Testamenten. § Die Form. &c. *Harpr. ad d. §. 5. n. 3. & seqq.* Et hæc quoq; posterior opinio fortassis à jure nostro Civili non omninò abhorret. Nam ut taceam quod consuetudo optima sit legum interpres, *l. si de interpretatione. 37. ff. de legib.* hinc inde in jure nostro non annuli, sed signaculorum fit mentio, *l. 1. in f. l. 4. ff. testamenta quemadmodum aperi-*

*antur &c.* & passim: quemadmodum etiam jure Prætorio, non præcisè annulus requiritur, sed septem testium signa sufficere apertè scriptum est *in §. sed prædicta. 2. Inst. de testam.* Facit, quod obsignatio dependeat à fide testantis, non materia vel forma signi, & annulus ad signandum testamentum adhibetur, non quia annulus; in orbem reflexus, sed quia signum in eo sculptum est. *Vult. ad d. §. 2. n. 35. Connan. 9. Comm. 2. Don. 6. comm. 5. ibiq; Hillig. lit. B. Bronch. cent. 2. misc. ass. 16. Arum. Ex. 7. th. 17. Treutl. vol. 2. D. 10. th. 5. lit. E.* Nec obstare videtur *d. l. 22. §. 5. ff. qui test. fac. poss.* tùm quod lectio *d. textus* varia sit, & quidam negativè legendum contendant: *& magis est, ut non tantùm annulo* &c. *Eguin. Bart. & Wesenb. ad d. §. 5. Inst. de test. Donell. d. c. 8.* quam varietatem agnovisse videtur etiam *Bart. ad d. l. 22. §. 5.* dum pro summario tradit, etiam alio signo præter annulum signari posse: & firmatur verbis mox seqq. *dum tamen habeat χαρακτῆρα. Bach. ad d. §. 5.* tum quod textus comparativè accipi possit de eo teste, qui duo signa habet, unum in annulo, aliud in alia materia impressum, ut hic annulo potius, quam alio signo signare possit, *Connan. d. loco.* tum deniq; quod Ulp. ibi non excludere voluit tale instrumentum, quod idem signum cum annulo habebat, sed ejusmodi, quo ad alia obsignanda uti solebant. *Bachov. ad Treutl. d. lit. C. & ad d. §. 5. de testam.* ubi etiam non improbabiliter tentat per annulum non tantum notari subjectum ipsum circulare, sed magis signum, quod annulo impressum erat, & rectè dici, eum signare annulo, qui signat instrumento eam figuram habente, quam annuli vulgò dicti habebant. Quæ conjectura licet inepta videatur *Vigl. d. loco.* recipienda tamen potius est, quam ut solennitatem annuli omni justâ ratione carentem admittamus. Minus movet *d. l. 12. C. de test.* ad quam ex iis, quæ dicta sunt, non difficilis est responsio, maximè cùm id, quod de annulo ibi habetur, ad communem Romanorum morem, qui annulis in signandis rebus alicujus momenti uti solebant, non incommodè referri possit. Deniq; ad solennitatem vel nimiam & miseram diligentiam interdum in testamentis adhiberi solitam, *arg. l. Lucius. 88. §. Lucius. 17. ff. de legat. 2.* quod attinet, nulla est solennitas, quæ non suam habeat rationem & finem aliquem, ut omnis amoveatur fraudis suspi-

cio

cio. *arg. l. ult. verf. lex etenim. C. de fideicomm.* §. *fed his. 4. Inft. de teftam.* at hanc de annulo tantum adhibendo, nullam rationem, nullum ufum habere poffe manifeftum eft. Præterea olim in fcripto teftamento neceffarium erat, ut nomen heredis vel teftatoris, vel teftium manu fcriberetur, *d.* § *4. & l. jubemus. 29. C. eod. t.* fed hoc poftea à *Juftin.* iterum fublatum eft in *N. 119. c. 9.*

Teftes autem effe poffunt omnes, cum quibus eft teftamenti factio: id eft, qui heredes inftitui, vel capere aliquid ex alieno teftamento poffunt.

§. *teftes autem. 6. Inft. de teftam.* Teftamenti factio duplex eft, una activa, altera paffiva. *l. filiusfam. 16. ff. qui teft. fac. poff.* quarum illa eft jus faciendi teftamentum, *tot. t. Inft. quib. non eft permiff. fac. teftament.* hæc jus capiendi aliquid ex teftamento alieno, *l. fin. ff. pro herede, l. non minus. 31. l. fi alienum. 49.* §. *1. ff. de heredib. inftit.* Et *Theoph.* quidem textum *d.* §. *6.* de utraq; teftamenti factione accipit, ut teftes in teftamento effe poffint, qui & à nobis heredes fcribi, & ipfi nos fcribere poffunt. Quam interpretationem probat etiam *Vult. ad d.* §. *6. de teft. n. 8. per l. is cui. 18. ff. qui teft. fac. poff.* Ubi *Ulp.* eum cui bonis interdictum eft, teftamentum facere non poffe, exinde arguit, quod nec teftis effe poffit. Verùm fi rem accuratius paulò expendamus, apparebit, de paffiva tantum teftamenti factione in *d.* §. *6.* fermonem effe, ut videlicet teftes in teftamento effe poffint regulariter ii, qui heredes inftitui vel capere aliquid ex alieno teftamento poffint, tum quod *Ul. in fragm. t. 20.* §. *7.* hanc phrafin teftamentifactionem cum aliquo effe, interpretetur de eo, qui, licet teftamentum facere ipfe nequeat, heres tamen inftitui, & capere ex alieno teftamento poteft, *arg.* §. *ult. Inft. de fucceff. libert. l. un. inf. pr. &* §. *fcimus. 3. C. de lat. libert. toll.* quemadmodum & aliàs in jure noftro phrafin iftam de paffiva non activa teftamentifactione accipi conftat ex §. *in extraneis. 4. Inft. de hered.*

*qual. & diff. §. legari. 24. Inst. de legat. cum simil. lib. Vigl. Zuich. ad d. §. 6. n. 1.* tum quod admissa *Theoph.* interpretatione filiusfam. testis esse non posset, utpote cum condere testamentum nequeat: quem tamen testem in testamento esse posse expeditum est ex §. *pater. 8. Inst. d. tit. de testam. Eguin. Baro. & Bach. ad d. §. 6.* Nec movet argumentum ex *d. l. 18. ff. qui test. fac. poss.* in qua non propterea prodigus à testimonii dictione arcetur, quod testamentum facere nequeat, sed quod nullam planè, nec passivam testamentifactionem habeat, *d. l. 18. in f. pr.*

Prohibentur quidam natura, ut impubes, furiosus, mutus, surdus, & cœcus: quidam lege, ut servus, prodigus, mulier, intestabilis, testatoris parens, filius, frater, heres, domestici.

Excipiuntur enim à superiori regula quidam naturâ, (1) propter vitium animi, ut impubes, furiosus, quoniam nullum eorum animi judicium est, §. *praterea. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* nulla voluntas, *l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. ibiq. Gloss. & Dd.* ideoq; nullum testimonium ferre possunt, *l. qui testamento. 20. §. ne furiosus. 4. ff. qui test. fac. poss.* maximè furiosus, qui per omnia & in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur, *l. 2. §. furiosus. 3. ff. de jur. codicill. l. ubi 124. §. 1. ff. de R. J.* Quod si tamen furiosus intermissionem vel dilucida intervalla habeat, eo tempore testem adhiberi posse dubitandum non est per textum in *d. l. 20. §. 4. ff. qui test. fac. poss.* Deinde propter vitium corporis, ut muti, surdi & cæci: quorum primi id, quod audivêre, eloqui, secundi vocem testatoris exaudire, tertii personam testatoris videre nequeunt, *d. §. 6. Inst. de test.* Quamvis enim ibidem cæci nulla fiat mentio, tamen magis est, ut & ipse à testimonio arceatur, cum nec agnoscere testatorem, nec signum recognoscere possit, quod requiritur in *l. si non*

*9. C. de test. & l. 1. §. ult. ff. testament. quemadmod. aperiantur &c. Wesemb. add. §. 6. Inst. de test. Sich. ad d. l. 9. C. de test. n. 3.* Circa mutum autem & surdum non attendimus distinctionem, sub quâ testari ipsis permissum est, sed indistinctè à testimonii dictione in testamentis repellendos putamus, *arg. d. §. 6. de test.* qui generaliter loquitur: maximè cùm non idem favor in testimonio dicendo, qui est in testamento faciendo, *arg. l. discretis. 10. C. de quib. test. fac. poss.* Lege prohibetur (1) Servus, *d. §. 6. de test.* qui cùm juris civilis communionem non habeat in totum, ne Prætoris quidem edicti, meritò ad solennia adhiberi non potest, *d. l. 20. §. Servus. 7. ff. qui test. fac. poss.* De ascriptitiis & monachis controvertitur, utrum & illi testes in testamento esse possint? Et *Gloss. in Auth. si testis. C. de testibus* de utrisq: quidem affirmat, tum per *l. jubemus. 37. & Auth. adscriptitios. C. de Episc. & Cleric.* tum quod Monachi revera liberi sint nec usquam prohibeantur, *Vigl. Zuich. ad d. §. 6. n. 12. Schneid. ad §. fin. Inst. d. t. de test. n. 5. Bach. n. 1.* Verùm de ascriptitiis fortassis aliud dicendum, cùm ii reverâ servi sint, & ab aliis nihil pene differant, *l. agricolarum. 18. & l. ne diutius. 21. in fin. C. de agric. & censit.* Non obstante *d. l. 37. & Auth. adscriptitios. C. de Episc. & Cleric.* quoniam nihil aliud hi textus probant, quàm quod adscriptitii etiam præter voluntatem dominorum suorum clerici fieri possint, ex quo malè infertur, eos dum in statu & conditione sua manent, testes in testamento esse posse, *arg. d. §. 6. Inst. de test.* Nec movet *causa multorum 2. extra de judæis, Sacracenis & eorum servis.* Respondetur enim vel aliud *Jure Canon.* & quidem errore quodam constitutum esse, quo inclinat *Dn. D. Ungep. Exer. 2. q. 11. in f.* vel potius Pontificem in *d. textu* vocabulo adscriptitiorum abuti pro iis agricolis, qui diutius, id est tempore annorum 30. terris colendis adhæserunt, quos cum rebus suis liberos manere, & nihilominus cogi terram colere, canonemq; præstare expeditum est, *ex d. l. 18. C. de agric. & censit.* (2) à testimonio arcetur prodigus, *d. §. 6. Inst. de testam.* ratione expedita, quoniam nulla ejus voluntas esse intelligitur, æquè ac furiosi, *d. l. 40. ff. de reg. jur. l. his qui. 12. in f. ff. de tutor. & curat. dat. l. 1. pr. ff. de curat. furios. & al. &c.* (3) Mulier, *d. §. 6. d. l. 20. §. mulier. 6. ff. qui test. fac. poss.* Rationē

dicere nequeunt, proponere voluisse existimat; quod etiam probat *Sylv. Aldobrand. in not. add. §. 6. de testam.* (5) Testatoris parens, filius & frater à testimonii dictione repelluntur. *§. in testibus. 9. Inst. d. t.* Ratione videlicet potestatis, quâ non tantum pater & filius, *l. ult. C. de impub. & al. substitut. arg. §. si quis. 4. Inst. de inutil. stipul.* sed omnes qui in una sunt potestate, pro uno familiæ corpore habentur, *l. frater. 38. ff. de condict. indeb.* Sed an non in patre & filio frustranea est hæc decisio, sive *d. §. 9.* constitutio? dum aut heres institutus est, & ex alia ratione testis in testamento esse non potest, *§. sed neq, 10. Inst. d. t.* aut præteritus, & testamentum ipso jure nullum est, *pr. Inst. de exhered. liber.* aut deniq; exheredatus est, & nulla videtur ratio, cur testis esse non possit, cùm filiusfamil. se exheredem scribere possit, salvo nihilominus testamento, *l. putavit. 8. §. si quis. 6. ff. de bon. poss. contra tabb.* Dicendum, quæstionem hanc procedere in his terminis, quando testamentum clausum est, nec cuiquam constat, quid in eo contineatur: quo casu nihil obstare videtur, nisi jus potestatis, quod fictione unitatem quandam inter patrem & filium inducit, *d. l. ult. C. de impub. & al. subst. Vigl. Zuich. ad d. §. 9 n. 2. ibiq, Bach. n. 1.* Hinc filium emancipatum in testamento patris testem esse posse verius est, tum quod *textus d. §. 9.* expressè de filiofam. loquitur: tum quod domesticum testimonium hic non à cognatione, sed potestatis unione consideretur, ut dictum, quam unionis fictionem cessante potestate patria, tolli expeditum est. Non obstat *l. testis. 9. ff. de testibus. l. parentes. 6. C. eod. t.* Respondetur enim textus illos de actibus inter vivos loqui, & quando parentibus per liberos aliquid adquiritur, at hic per testimonium liberorum parentibus nihil lucri, vel commodi adquiri, sed hoc tantum agi, ut ultima parentum voluntas exitum sortiatur *Vigl. d. loco. n. 4. Donell. 6. comm. 7. ibiq, Hillig. lit. N. Bronch. cent. 3. ass. 23. Arum. Exerc. 7. th. 15.* Multò magis filius in testamento matris, uxor in testamento mariti, & vice versa, ministri in testamento patrisfam. & domini testes esse poterunt, cum in his unitatis illa fictio planè locum habere non possit, per ea, quæ modò dicta sunt. *Vigl. d. n. 4. & Bach. n. 3.* Adeò autem procedit hæc unionis fictio

ctio

ctio, ut ne quidem in testamento filiifam, de castrensi peculio testantis, pater testis rectè adhibeatur: *d.* § 9. Si videlicet post missionem testamentum fecerit. Nam in expeditione testanti etiam pater filio, licet in potestate constituto testis esse non prohibetur, *d. l. 20. §. per contrarium. 2. ff. qui test. fac. poss.* quo modo *d. §. 9. de testam.* cum *d. l. 20. §. 2.* rectè conciliat *Gloss. & Dd. comm.* ut planè frustra sit *Hottom.* qui ista loca conciliari posse negat, *ad d. §. 9.* meritò à Bach. notatus. Nec movet quod filiusfam. quoad castrense peculium pro patrefam. habeatur, *l. si quis. 6. §. ult. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* adeoq; ad testimonium admittendus videatur, *arg. eorum*, quæ de filio emancipato modò diximus. Nam respondetur filiumfam. quoad castrense & quasi castrense peculium pro patrefam. haberi non simpliciter, sed quantum ad testandum attinet, *d. l. 6. §. ult.* & quoad alia quædam, *arg. l. 4. ff. de judic. cum similib.* in reliquis autem fictionem istam unitatis sublatam non esse, & conseq. cum nemo sibi ipsi testimonium perhibere possit, *d. l. 9. & l. 10. ff. de testibus.* nec patrem in testamento filiifam. licet de castrensi peculio post missionem conditi testem esse posse, *d. §. 9. de testam.* Plures autem ex eadem domo testes adhibere nihil impedit, *§. pater. 8. Inst. d. t.* puta pater & filius, item duo fratres, qui in ejusdem parentis potestate sunt, *l. pater. 17. ff. de testib. l. ad testium. 22. pr. ff. qui test. fac. poss.* Neq; enim in alieno negotio, ubi de nullo testium agitur commodo, mendacium vel conspiratio præsumenda est, *Vigl. ad d. §. 8. n. 1.* Deniq; testis esse prohibetur heres, ejusq; domestici, *§. sed neq. 10. Inst. d. t.* idq; affectionis suspicione, ne quis in sua causa testis sit contra *l. nullus. 10. ff. de testibus.* cum totum hoc negotium inter heredem & testatorem geri credatur, *d. §. 10. d. l. 20. pr. ff. qui test. fac. poss.* Quamvis enim olim heres testis in testamento esse potuerit, ita tamen ut jure hoc minimè abuti eum debere suaderent, tamen suasio hæc à Justin. in legis necessitatem translata, & constitutum est, ut quemadmodum olim familiæ emtor, cujus civem heres hodie obtinet, ita nec hodie heres testis esse possit, *d. §. 1. Inst. de testam.* Non obstat *d. l. 20. pr.* ubi *Ulp.* scribit, eum qui testamento heres instituitur, in eodẽ testamento heredem esse non posse, ex quo haud obscurè colligitur,

Statutum enim circa solennitates disponens ubiq; attenditur, & extra territorium etiam vires suas porrigit, *arg. l. 1. §. ult. ff. de ventr. inspic. Bart. ad d. l. 1. C. de Summ. Trinit. n. 36. ibiq; Jas. n. 44. & seqq.* Major verò difficultas est circa posterius dubium (1) per *l. si non speciali. 9. C. de testam.* ubi solennitates testamentariæ ab omnibus servandæ sunt, nisi per privilegium remissæ sint. Cùm ergò forensi nullum indultum sit privilegium, nec testamentum ejus coram minori testium numero factum valere dicendum est. (2) Per *l. sed si. 32. ff. de jur. fisc.* ubi ad obsides, qui procul dubio pro extraneis & forensibus habendi sunt, privilegium iis datum, qui accepto usu togæ semper ut Cives Romani egerunt, non pertinet. (3) *arg. l. ult. C. de testam.* per quem textum rusticis coram 5. testibus testari concessum est, quod tamen aliis licet in rure existentibus minimè permittitur, *l. conficiuntur. 8. §. codicill. 2. ff. de jur. codicill.* (4) quoniam statutum Jus Civitatis proprium est, *§. jus autem. 1. Inst. de jur. nat. gent. & civil. l. omnes. 9. ff. de just. & jur.* ideoq; ad extraneos & forenses extendendum non est, *arg. l. fin. ff. de jurisd. Jacob. de Aren. relatus à Bart. ad d. l. 1. C. de summ. Trin. n. 24. Oldr. ad Cons. 248. allegatus à Jas. ad d. l. 1. n. 40. Fachin. 5. contr. 90.* qui & ipse hanc opinionem probat, nisi forte talis sit peregrinus, qui onera civitatis subire sit solitus: hunc enim & commoda civitatis & statutorum ejus sentire debere existimat. Verùm hæc distinctio nodum non tollit, cùm ejusmodi peregrinus vix pro forensi, de quo hîc quæstio, haberi posse videatur, utpote ad quem neq; commoda neq; incommoda civitatis pertinent. *Bart. igitur. ad d. l. 1. C. de summ. Trin. n. 25.* contrarium tenet, videlicet testamentum forensis secundum consuetudinem vel statutum loci factum omninò valere, quem sequitur *Jas. ad d. l. 1. n. 40. & in 2. lect. n. 82. & Dd. magis comm. teste Fach. loco allegato. Geil. 2. obs. 123. n. 3. Sich. ad d. l. 9. C. de testam. n. 7.* Rationes hujus opinionis sunt (1) quod eo casu, quo statutum disponit de solennitate actus, semper solennitas ejus loci observanda est, in quo testamentum vel alius actus celebratus est, *arg. l. 1. §. ult. ff. de ventr. inspic.* (2) quoniam in contractibus attenditur statutum loci, in quo contractus celebratus est, *arg. l. si fundus. 6. ff. de evict ion.* Ergo etiam in testamentis statutum loci, in quo testamentum

tum conditur, inspiciendum est, cùm bonum & validum sit argumentum, quod à contractibus ad ultimas voluntates ducitur, *arg. l. fin. C. de legat. Everh. in Topic. loco. 36. n. 1.* Nec movet, quod non sit eadem hic contractuum & ultimarum voluntatum ratio, cum in contractibus propterea statutum loci attendatur, quoniam contrahendo quis forum sortiatur in eo loco, quod de testamento dici non potest. *Jas. d. l. 1. in 2. lect. n. 84.* Respondetur enim non hanc veram esse decidendi rationem, sed illam potius, quod semper quoad solennitates inspiciatur locus, ubi res agitur, *arg. l. 1. C. de emancipat. liberorum.* Qui textus licet non de solennitate actus, sed potestate faciendi, & quidem eo casu, quo statutum expresse etiam de forensibus conceptum est, loquatur, ut monet *Jas. ad d. l. 1. n. 40. & Fachin. d. loco.* tamen hoc ex eò satis apertè colligitur, quod statutum in iis, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis (qualem actum & testamenti factionem esse volunt) etiam forenses comprehendat, ut docet *Bart. ad d. l. 1. n. 25. & Jas. n. 40. Joh. Petr. de Ferrar. in Pr. sua. form. libell. quo pet. heredit. ex testamento. n. 4. Prav. Pract. concl. lib. 2. concl. 123.* Ad fundamenta contrariæ opinionis quod attinet, responderi potest (1) *d. l. 9. C. de test.* nihil aliud dicere, quàm quod solennitates juris communis servandæ sint, nisi privilegio in loco aliquo remissæ fuerint: at nos versamur in casu, quo solennitates testamentorum statuto vel consuetudine remissæ sunt; cujusmodi statuta vel consuetudines etiam extraneos & forenses continere probabile est, *arg. d. l. 1. C. de emancip. liber.* (2) *d. l. 32. ff. de jur. fisc.* De obsidibus loquitur, qui non pro extraneis tantùm & forensibus habendi, sed planè cives Romani non sunt, adeoque cùm testamenti factionem omninò non habeant, *l. obsides. 11. ff. qui test. fac. poss.* nec statutum de testamenti factione ad eos pertinere potest. *Bart. ad d. l. 1. n. 24.* (3) Ad argumentum *ex l. fin. C. de testam. juncta l. 8. §. 2. ff. de jur. codicill.* petitum respondet *Bart. d. loco.* per distinctionem, & siquidem statutum de certis personis conceptum sit, ut *d. l. fin. de rusticis.* illud ad alios extendi non debeat: Si verò simpliciter & indefinitè, ut hoc nostrum statutum de solennitate testamentorum, etiam ad forenses rectè porrigatur, *arg. l. sed si quis. 7. ff. test. quemadmodum aperiantur &c. & l. 2. C. eod. t.* Aliter respon-

respondet *Fachin.* loco allegato, videlicet *arg. d. l. ult.* prorsus nihil ad rem facere, cum nostra quæstio præsupponat relaxatam esse juris solennitatem in loco, in quo testamentum conficitur: sed in eo tantum sit difficultas, an & peregrinus eodem jure potiatur, de quo *in d. l. ult.* nihil cautum. Sed vereor ut hæc responsio scopum attingat, & vim argumenti elidat: siquidem & in *d. l. fin.* solennitates rusticis in eo loco remissas esse, & tamen ab aliis omninò observandas satis apparet, ut ita prior *Bart.* responsio meritò præferenda videatur. Ad ultimum deniq; fundamentum responderi potest, negando consequentiam, quoniam statutum hoc non extra terminos jurisdictionis vel territorii extenditur, sed cum ad locum, non personas certas referatur, non immeritò forensibus eodem in loco versantibus ejus beneficio uti concedendum est, *arg. d. l. 1. C. de emancip. liber.* quemadmodum & aliàs quemvis regulariter alterius magistratus jurisdictioni se subjicere posse constat, *l. est receptum. 14. l. si convenerit. 18. ff. de jurisdictione.* Huc pertinet quæstio quam habet *Sich. ad d. l. 9. C. de testam. n. 7.* de quodam qui in Hispaniam tanquam legatus missus, ibiq; decedens, testamentum secundum loci consuetudinem fecerat. Adhibenda autem hic est superius relata ex Bart. distinctio, ut siquidem consuetudo vel statutum simpliciter & indistinctè conceptum sit, omninò valeat testamentum, si verò in specie ad cives vel incolas ejus loci relatum fuerit, testamentum ita factum nullius momenti sit, ut rectè *Sich. d. loco.* Similis controversia in Dicasterio Norico ventilata & pro testamento decisa est Ann. 1588. 26. Junii. Sed hæc sententia postmodum in secunda instantia coram senatu retractata, 18. Decembr. Ann. 1590. & tandem in Cam. imperiali confirmata 16. Febr. Ann. 1604. Nec immeritò. Cum enim statutum Noricum expressè ad cives & incolas Civitatis se referat, ad forenses vel extraneos extendendum non est, ut eruditè docet *Donell. consil. 97. & Ingolstad. cons. seq. sive adoptivo. 14.* Adde *Fachin. d. l. 5. c. 91.* Et hæc de testamenti solennibus in genere sufficiant. In scripto testamento præterea requiritur (1) ut testes singuli propria manu subscribant. *§. 3. Inst. de testam. l. ad testium. 22. §. si quis. 4. & l. pen. ff. qui test. fac. poss.* Nisi fortè in tali sint loco, ubi tot periti literarum non reperiuntur, tunc enim unus

unus pro alio subscribere potest, *l. ult. C. de testam.* (2) requiritur, ut signacula sua apponant, §. *2. & 3. Inst. d. t.* Sive annulo testamentum obsignent, §. *possunt. 5. eod. t.* sive proprio sive alieno, *d. §. 5. l. si unus. 12. C. de testam.* imò omnes testes etiam uno annulo signare posse, expressè scriptum est in *d. §. 5.* Quod si tamen testes alieno annulo usi fuerint, id in subscriptione exprimere debent ne aliàs alienis utentes insignibus in falsi crimen incidant. *l. eos qui. 27. §. ult. ff. ad l. Cornel. de fals. Angel. Aret. ad d. §. ult. Dd. comm.* Quamvis si fortè in subscriptione alieni annuli mentio facta non fuerit, propterea testamentum nõ vitiari verius sit, cùm nunquam hæc solennitas jure expressè reperiatur, adeoq; meritò pro omissa habẽda sit, ut rectè post *Johann. Fabr. docet Vigl. Zuich. ad d. §. 5. n. 5. Mynf. n. 4. Harpr. n. 1.* Verùm hîc difficultas incidit, utrum testes annulo tantùm, an etiam alio signo signare possint? Et pro annulo pugnare videtur *Ulp. in d. 22. §. signum autem. 5. ff. qui test. fac. poss.* ubi expressè ait: & magis est, ut tantùm annulo quis possit signare. Cui sententiæ subscribunt *Impp. Dioclet. & Maxim. in d. l. 12. C. de testam.* dum testamentum si testes suo vel alieno annulo non signaverint, deficere apertè constituunt. Accedit, quod annuli adhibitio de ipsa solennitate testamenti esse videatur *per d. l. 12. vers. de his autem.* adeóq; ad actus validitatem præcisè adhibenda. *arg. l. cum hi. 8. §. si Prætor. 17. ff. de transact. ibiq; Gloss. Vigl. Zuich. ad d. §. 5. n. 2. Cujac. 14. obs. 11. Duar. ad t. ff. qui test. fac. poss. rubr. de test. in script. Tima. Fab. D. ad Instit. 18. th. 7. & alis allegati à Dn. D. Ungep. Exerc. 8. q. 2. in Nego.* Verùm contraria opinio, videlicet non annulo tantùm, sed etiam alio signo testes rectè signare moribus recepta est, non Italiæ tantùm, de qua testatur *Accurs. in d. l. 12. §. 5. ff. qui testam. fac. poss.* & fatetur etiam *Vigl. d. loco.* Sed etiam Imperii nostri, uti probat communis observantia, & confirmatum videtur *Constit. Maximil. I. de Ann. 152. rubr.* von Testamenten. § Die Form. &c. *Harpr. ad d. §. 5. n. 3. & seqq.* Et hæc quoq; posterior opinio fortassis à jure nostro Civili non omninò abhorret. Nam ut taceam quod consuetudo optima sit legum interpres, *l. si de interpretatione. 37. ff. de legib.* hinc inde in jure nostro non annuli, sed signaculorum fit mentio, *l. 1. in f. l. 4. ff. testamenta quemadmodum aperi-*

*antur &c.* & passim: quemadmodum etiam jure Prætorio, non præcisè annulus requiritur, sed septem testium signa sufficere apertè scriptum est *in §. sed prædicta. 2. Inst. de testam.* Facit, quod obsignatio dependeat à fide testantis, non materia vel forma signi, & annulus ad signandum testamentum adhibetur, non quia annulus; in orbem reflexus, sed quia signum in eo sculptum est. *Vult. ad d. §. 2. n. 35. Connan. 9. Comm. 2. Don. 6. comm. 5 ibiq. Hillig. lit. B. Bronchi. cent. 2. misc. ass. 16. Arum. Ex. 7. th. 17. Treutl. vol. 2. D. 10. th. 5. lit. E.* Nec obstare videtur *d. l. 22. §. 5. ff. qui test. fac. poss.* tùm quod lectio *d. textus* varia sit, & quidam negativè legendum contendant: *& magis est, ut non tantùm annulo* &c. *Eguin. Bart. & Wesenb. ad d. §. 5. Inst. de test. Donell. d. c. 8.* quam varietatem agnovisse videtur etiam *Bart. ad d. l. 22. §. 5.* dum pro summario tradit, etiam alio signo præter annulum signari posse: & firmatur verbis mox seqq. *dum tamen habeat χαρακτῆρα. Bach. ad d. §. 5.* tum quod textus comparativè accipi possit de eo teste, qui duo signa habet, unum in annulo, aliud in alia materia impressum, ut hic annulo potius, quam alio signo signare possit, *Connan. d. loco.* tum deniq; quod Ulp. ibi non excludere voluit tale instrumentum, quod idem signum cum annulo habebat, sed ejusmodi, quo ad alia obsignanda uti solebant. *Bachov. ad Treutl. d. lit. C. & ad d. §. 5. de testam.* ubi etiam non improbabiliter tentat per annulum non tantum notari subjectum ipsum circulare, sed magis signum, quod annulo impressum erat, & rectè dici, eum signare annulo, qui signat instrumento eam figuram habente, quam annuli vulgò dicti habebant. Quæ conjectura licet inepta videatur *Vigl. d. loco*, recipienda tamen potius est, quam ut solennitatem annuli omni justâ ratione carentem admittamus. Minus movet *d. l. 12. C. de test.* ad quam ex iis, quæ dicta sunt, non difficilis est responsio, maximè cùm id, quod de annulo ibi habetur, ad communem Romanorum morem, qui annulis in signandis rebus alicujus momenti uti solebant, non incommodè referri possit. Deniq; ad solennitatem vel nimiam & miseram diligentiam interdum in testamentis adhiberi solitam, *arg. l. Lucius. 88. §. Lucius. 17. ff. de legat. 2.* quod attinet, nulla est solennitas, quæ non suam habeat rationem & finem aliquem, ut omnis amoveatur fraudis suspi-

cio

cio. *arg. l. ult. vers. lex etenim. C. de fideicomm. §. sed his. 4. Inst. de test.* at hanc de annulo tantum adhibendo, nullam rationem, nullum usum habere posse manifestum est. Præterea olim in scripto testamento necessarium erat, ut nomen heredis vel testatoris, vel testium manu scriberetur, *d. § 4. & l. jubemus. 29. C. eod. t.* sed hoc postea à *Justin.* iterum sublatum est in *N. 119. c. 9.*

Testes autem esse possunt omnes, cum quibus est testamenti factio: id est, qui heredes institui, vel capere aliquid ex alieno testamento possunt.

*§. testes autem. 6. Inst. de testam.* Testamenti factio duplex est, una activa, altera passiva. *l. filiusfam. 16. ff. qui test. fac. poss.* quarum illa est jus faciendi testamentum, *tot. t. Inst. quib. non est permiss. fac. testament.* hæc jus capiendi aliquid ex testamento alieno, *l. fin. ff. pro herede, l. non minus. 31. l. si alienum. 49. §. 1. ff. de heredib. instit.* Et *Theoph.* quidem textum *d. §. 6.* de utraq; testamenti factione accipit, ut testes in testamento esse possint, qui & à nobis heredes scribi, & ipsi nos scribere possunt. Quam interpretationem probat etiam *Vult. ad d. §. 6. de test. n. 8. per l. is cui. 18. ff. qui test. fac. poss.* Ubi *Ulp.* eum cui bonis interdictum est, testamentum facere non posse, exinde arguit, quod nec testis esse possit. Verùm si rem accuratius paulo expendamus, apparebit, de passiva tantum testamenti factione in *d. §. 6.* sermonem esse, ut videlicet testes in testamento esse possint regulariter ii, qui heredes institui vel capere aliquid ex alieno testamento possint, tum quod *Ul. in fragm. t. 20. §. 7.* hanc phrasin: testamentifactionem cum aliquo esse, interpretetur de eo, qui, licet testamentum facere ipse nequeat, heres tamen institui, & capere ex alieno testamento potest, *arg. §. ult. Inst. de success. libert. l. un. in f. pr. & §. scimus. 3. C. de lat. libert. toll.* quemadmodum & aliàs in jure nostro phrasin istam de passiva non activa testamentifactione accipi constat ex *§. in extraneis. 4. Inst. de hered.*

*qual. & diff.* §. *legari. 24. Inst. de legat. cum simil. Vigl. Zuich. ad d.* §. *6. n. 1.* tum quod admissa *Theoph.* interpretatione filiusfam. testis esse non posset, utpote cum condere testamentum nequeat: quem tamen testem in testamento esse posse expeditum est ex §. *pater. 8. Inst. d. t. de testam. Eguin. Baro. & Bach. ad d.* §. *6.* Nec movet argumentum ex *d. l. 18. ff. qui test. fac. poss.* in qua non propterea prodigus à testimonii dictione arcetur, quod testamentum facere nequeat, sed quod nullam planè, nec passivam testamentifactionem habeat, *d. l. 18. in f. pr.*

Prohibentur quidam natura, ut impubes, furiosus, mutus, surdus, & cœcus: quidam lege, ut servus, prodigus, mulier, intestabilis, testatoris parens, filius, frater, heres, domestici.

Excipiuntur enim à superiori regula quidam naturâ, (1) propter vitium animi, ut impubes, furiosus, quoniam nullum eorum animi judicium est, §. *præterea. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* nulla voluntas, *l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. ibiq. Gloss. & Dd.* ideoq; nullum testimonium ferre possunt, *l. qui testamento. 20.* §. *ne furiosus. 4. ff. qui test. fac. poss.* maximè furiosus, qui per omnia & in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur, *l. 2.* §. *furiosus. 3. ff. de jur. codicill. l. ubi 124.* §. *1. ff. de R. J.* Quod si tamen furiosus intermissionem vel dilucida intervalla habeat, eo tempore testem adhiberi posse dubitandum non est per textum in *d. l. 20.* §. *4. ff. qui test. fac. poss.* Deinde propter vitium corporis, ut muti, surdi & cæci: quorum primi id, quod audivêre, eloqui, secundi vocem testatoris exaudire, tertii personam testatoris videre nequeunt, *d.* §. *6. Inst. de test.* Quamvis enim ibidem cæci nulla fiat mentio, tamen magis est, ut & ipse à testimonio arceatur, cum nec agnoscere testatorem, nec signum recognoscere possit, quod requiritur in *l. si non*

*9. C. de test. & l. 1. §. ult. ff. testament. quemadmod. aperiantur &c. Wesemb. ad d. §. 6. Inst. de test. Sich. ad d. l. 9. C. de test. n. 3.* Circa mutum autem & surdum non attendimus distinctionem, sub quâ testari ipsis permissum est, sed indistinctè à testimonii dictione in testamentis repellendos putamus, *arg. d. §. 6. de test.* qui generaliter loquitur: maximè cùm non idem favor in testimonio dicendo; qui est in testamento faciendo, *arg. l. discretis. 10. C. de quib. test. fac. poss.* Lege prohibetur (1) Servus, *d. §. 6. de test.* qui cùm juris civilis communionem non habeat in totum, ne Prætoris quidem edicti, meritò ad solennia adhiberi non potest, *d. l. 20. §. Servus. 7. ff. qui test. fac. poss.* De ascriptitiis & monachis controvertitur, utrum & illi testes in testamento esse possint? Et *Gloss. in Auth. si testis. C. de testibus* de utrisq; quidem affirmat, tum per *l. jubemus. 37. & Auth. adscriptitios. C. de Episc. & Cleric.* tum quod Monachi reverâ liberi sint nec usquam prohibeantur, *Vigl. Zuich. ad d. §. 6. n. 12. Schneid. ad §. fin. Inst. d. t. de test. n. 5. Bach. n. 1.* Verùm de ascriptitiis fortassis aliud dicendum, cùm ii reverâ servi sint, & ab aliis nihil pene differant, *l. agricolarum. 18. & l. ne diutius. 21. in fin. C. de agric. & censit.* Non obstante *d. l. 37. & Auth. adscriptitios. C. de Episc. & Cleric.* quoniam nihil aliud hi textus probant, quàm quod adscriptitii etiam præter voluntatem dominorum suorum clerici fieri possint, ex quo malè infertur, eos dum in statu & conditione sua manent, testes in testamento esse posse, *arg. d. §. 6. Inst. de test.* Nec movet *causa multorum 2. extra de judæis, Sacracenis & eorum servis.* Respondetur enim vel aliud *Jure Canon.* & quidem errore quodam constitutum esse, quo inclinat *Dn. D. Ungep. Exer. 2. q. 11. in f.* vel potius Pontificem in *d. textu* vocabulo adscriptitiorum abuti pro iis agricolis, qui diutius, id est tempore annorum 30. terris colendis adhæserunt, quos cum rebus suis liberos manere, & nihilominus cogi terram colere, canonemq; præstare expeditum est, *ex d. l. 18. C. de agric. & censit.* (2) à testimonio arcetur prodigus, *d. §. 6. Inst. de testam.* ratione expedita, quoniam nulla ejus voluntas esse intelligitur, æquè ac furiosi, *d. l. 40. ff. de reg. jur. l. his qui. 12. in f. ff. de tutor. & curat. dat. l. 1. pr. ff. de curat. furios. & al. &c.* (3) Mulier, *d. §. 6. d. l. 20. §. mulier. 6. ff. qui test. fac. poss.* Rationē reddit

reddit *Gloss. in d. l. 20. §. 6.* sexus fragillitatem & judicii infirmitatem, *arg. c. forus extra de V. S.* quam sequitur *Joh. Faber. Schneid. ad d. §. 6. & Dd. comm.* Verùm hæc ratio vix recipi potest, cùm per eam mulieres ab omni testimonii dictione tam in delictis, quam contractibus omninò excluderentur, in quibus tamen eas regulariter testes esse posse manifestum est, *ex d. l. 20. §. 6. & l. ex eo. 18. ff. de testib.* Alii igitur rationem petunt ex eo, quod testimonium ferre in testamento quasi virile & publicum officium sit, *arg. l. current. 22. ff. de testib.* cujus mulieres capaces non esse constat ex *l. 2. ff. de R. J. Joh. Fab. ad d. §. 6. de testam. ibiq. Wesemb. n. 2. Vigl. n. 3. inf.* Alii hanc rationem esse volunt, quod testamenti factio sit juris publici, *l. 3. ff. d. t. qui test. fac. poss.* à quo fœminas quoq; removeri patet *ex d. l. 2. ff. de R. J. Wesemb. d. loco.* Sed nec hæ rationes sufficere videntur, tùm quod alia ratio sit magistratus, qui curant, ut testes & signatores testamentarii volentibus præstò sint, alia ipsorum testium, quorum factum ad civilia munera commodè referri posse non videtur: tùm quod in *d. l. 3. ff. qui test. fac. poss.* testamenti factio juris publici esse propterea dicatur, quod licet in se privati juris sit testamentum, tamen formam habeat jure publico & legibus præscriptam, quam privatorum conventionibus mutare non licet uti *d. textum* interpretatur *Pac. cent. 5. q. 84.* Adde *Horten. ad pr. Inst. quib. non permiss. fac. test. Ant. Fab. in jurispr. Papin. tr. pr. 5. & Accurs. ad d. l. 3. qui test. fac. poss.* quod iterum ad mulierem à testimonio repellendam nihil pertinet. Quidam ad solennia hoc totum referunt, quod veteres ad solennia nec mulierem, nec servum, nec impuberem, nec peregrinum admitterent. *Vigl. ad d. §. 6. num. 3. Mynf. n. 4.* Hinc in testamentis minus solennibus & mulieres testes rectè adhiberi volunt, de quo infra suo loco dicemus. A quorum opinione non multum abest *Bach.*, qui propterea mulierem prohiberi existimat, quod quoties lex certum numerum testium ad actum aliquem celebrandum requirit, toties inter eos testes & in eo numero mulier esse non possit. *ad d. §. 7. n. 7.* Verùm hæc ratio principium petere videtur, cùm semper dubium adhuc maneat, cur ad solennia & consequenter ad actum coram certo testium numero peragendum mulier jure Romano adhibita non fuerit.

For-

Fortassis non temerè ea rejicienda est ratio, quam à veteri testatorum ritu nonnulli desumunt, quoniam videlicet olim testamenta vel calatis comitiis, vel in procinctu fiebant, mulieres autem neq; comitiorũ communionem, neq; belli habebant, teste *Gell. 5. Noct. Attic. 19. Vult. ad §. 5. cum seq. Inst. de test. n. 19. Wesemb. n. 2. Elias Rober. D. ad Inst. 11. §. 5.* Nec impedit quod mulieres testari etiã jure veteri potuerint, quod objicit *Bach. n. 2.* quoniam favore ultimarũ voluntatũ id receptũ fuit, ut mulier testamentũ condere posset, quem favorem in muliere ad testimonii dictionem adhibenda non militare expeditum est. Adde *Hillig. ad Donell. 6. comm. 7. lit. K.* Hermaphroditum autem an ad testimonium adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendet, *l. repetundarum. 15. §. 1. ff. de testibus.* quemadmodum & aliàs ejus sexus eum æstimare solemus, qui in eo prævalet, *l. quæritur. 10. ff. de stat. hom.* (4) prohibetur intestabilis, sive quem leges improbum & intestabilem esse jubent, *d. §. 6. de testam. d. l. 18. §. 1. & l. cum. lege 26. ff. qui test. fac. poss.* quales sunt adulterii damnati, *l. scio 14. ff. d. t. de testibus.* item repetundarum, *d. l. 15.* injuriarum sive ob carmen famosum, *d. l. 18. §. 1. ff. qui testam. fac. l. 5. §. si quis. 9. ff. de injur.* Hæretici *Auth. credentes. C. de hæretic.* apostatæ, *l. 3. C. de apostat.* & similes. Nam quod *Gloss. ad d. §. 6. & d. l. 26. in f.* quemvis notoriè infamem pro intestabili habet, adeoq; à testimonii dictione repellit, vix recipi potest, cum ex certis tantum criminibus damnati improbi & intestabiles esse jubeantur, per *textus supra allegatos*, adeo q; reliqui meritò sub regula relinquendi sint: exceptio enim confirmat regulam in casibus non exceptis, ut notat *Dec. in l. 1. ff. de R. J. n. 20. Wesemb. ad d. §. 6. de testam. n. 11.* Illud hic obiter notandum, intestabiles, neq; activam neq; passivam testamenti factionem habere, cum nec testamentum facere, *d. l. 18.* nec ipsis testantibus (nam ita textum hunc rectè interpretatur *Azo relatus ab Accurs. ad d. l. 26. qui test. fac. poss.*) dici testimonium possit, *d. l. 26.* adeoq; pro verâ exceptione ad regulam *pr. d. §. 6.* positam haberi non possit, ut monet *Bach. ad d. §. 6. n. 3. in f.* Adde *Joh. Fabr.* qui *Imp.* hic non exceptiones ponere, sed diversa exempla eorum, qui testimonium dice-

dicere nequeunt, proponere voluisse existimat; quod etiam probat *Sylv. Aldobrand. in not. ad d. §. 6. de testam.* (5) Testatoris parens, filius & frater à testimonii dictione repelluntur. *§. in testibus. 9. Inst. d. t.* Ratione videlicet potestatis, quâ non tantum pater & filius, *l. ult. C. de impub. & al. substitut. arg. §. si quis. 4. Instit. de inutil. stipul.* sed omnes qui in una sunt potestate, pro uno familiæ corpore habentur, *l. frater. 38. ff. de condict. indeb.* Sed an non in patre & filio frustranea est hæc decisio, sive *d. §. 9.* constitutio? dum aut heres institutus est, & ex alia ratione testis in testamento esse non potest, *§. sed neq; 10. Inst. d. t.* aut præteritus, & testamentum ipso jure nullum est, *pr. Inst. de exhered. liber.* aut deniq; exheredatus est, & nulla videtur ratio, cur testis esse non possit, cùm filiusfamil. se exheredem scribere possit, salvo nihilominus testamento, *l. putavit. 8. §. si quis. 6. ff. de bon. poss. contra tabb.* Dicendum, quæstionem hanc procedere in iis terminis, quando testamentum clausum est, nec cuiquam constat, quid in eo contineatur: quo casu nihil obstare videtur, nisi jus potestatis, quod fictione unitatem quandam inter patrem & filium inducit, *d. l. ult. C. de impub. & al. subst. Vigl. Zuich. ad d. §. 9. n. 2. ibiq; Bach. n. 1.* Hinc filium emancipatum in testamento patris testem esse posse verius est, tum quod *textus d. §. 9.* expressè de filiofam. loquitur: tum quod domesticum testimonium hic non à cognatione, sed potestatis unione consideretur, ut dictum, quam unionis fictionem cessante potestate patria, tolli expeditum est. Non obstat *l. testis. 9. ff. de testibus. l. parentes. 6. C. eod. t.* Respondetur enim textus illos de actibus inter vivos loqui, & quando parentibus per liberos aliquid adquiritur, at hic per testimonium liberorum parentibus nihil lucri, vel commodi adquiri, sed hoc tantum agi, ut ultima parentum voluntas exitum sortiatur *Vigl. d. loco. n. 4. Donell. 6. comm. 7. ibiq; Hillig. lit. N. Bronch. cent. 3. ass. 23. Arum. Exerc. 7. th. 15.* Multò magis filius in testamento matris, uxor in testamento mariti, & vice versa, ministri in testamento patrisfam. & domini testes esse poterunt, cum in his unitatis illa fictio planè locum habere non possit, per ea, quæ modò dicta sunt. *Vigl. d. n. 4. & Bach. n. 3.* Adeò autem procedit hæc unionis fictio

ctio, ut ne quidem in testamento filiifam, de castrensi peculio testantis, pater testis rectè adhibeatur: *d. § 9.* Si videlicet post missionem testamentum fecerit. Nam in expeditione testanti etiam pater filio, licet in potestate constituto testis esse non prohibetur, *d. l. 20. §. per contrarium. 2. ff. qui test. fac. poss.* quò modo *d. §. 9. de testam.* cum *d. l. 20. §. 2.* rectè conciliat *Gloss. & Dd. comm.* ut planè frustra sit *Hottom.* qui ista loca conciliari posse negat, *ad d. §. 9.* meritò à Bach. notatus. Nec movet quod filiusfam. quoad castrense peculium pro patrefam. habeatur, *l. si quis. 6. §. ult. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* adeoq; ad testimonium admittendus videatur, *arg. eorum,* quæ de filio emancipato modò diximus. Nam respondetur filiumfam. quoad castrense & quasi castrense peculium pro patrefam. haberi non simpliciter, sed quantum ad testandum attinet, *d. l. 6. §. ult.* & quoad alia quædam, *arg. l. 4. ff. de judic. cum similib.* in reliquis autem fictionem istam unitatis sublatam non esse, & conseq. cum nemo sibi ipsi testimonium perhibere possit, *d. l. 9. & l. 10. ff. de testibus,* nec patrem in testamento filiifam. licet de castrensi peculio post missionem conditi testem esse posse, *d. §. 9. de testam.* Plures autem ex eadem domo testes adhibere nihil impedit, *§. pater. 8. Inst. d. t.* puta pater & filius, item duo fratres, qui in ejusdem parentis potestate sunt, *l. pater. 17. ff. de testib. l. ad testium. 22. pr. ff. qui test. fac. poss.* Neq; enim in alieno negotio, ubi de nullo testis agitur commodo, mendacium vel conspiratio præsumenda est, *Vigl. ad d. §. 8. n. 1.* Deniq; testis esse prohibetur heres, ejusq; domestici, *§. sed neq. 10. Inst. d. t.* idq; affectionis suspicione, ne quis in sua causa testis sit contra *l. nullus. 10. ff. de testibus.* cum totum hoc negotium inter heredem & testatorem geri credatur, *d. §. 10. d. l. 20. pr. ff. qui test. fac. poss.* Quamvis enim olim heres testis in testamento esse potuerit, ita tamen ut jure hoc minimè abuti eum debere suaderent, tamen suasio hæc à Justin. in legis necessitatem translata, & constitutum est, ut quemadmodum olim familiæ emtor, cujus vicem heres hodie obtinet, ita nec hodie heres testis esse possit, *d. §. 1. Inst. de testam.* Non obstat *d. l. 20. pr.* ubi *Ulp.* scribit, eum qui testamento heres instituitur, in eodē testamento heredem esse non posse, ex quo haud obscurè colligitur,

tur, jam veterum JCtorum ætate id prohibitum fuisse. Respondet enim *Vigl. Zuich. d. §. 10. n. 1.* textum *d. l. 20.* à *Tribon.* interpolatum esse: quemadmodum & alia pleraq; compilatorum authoritate immutata, & ad novissimi juris observationem accommodata fuisse verisimile sit. Aliter *Cujac.* qui textum *Vlp. in d. l. 20.* de testamento Prætorio accipit, *d. v. §. 10. de testam.* de testamento per æs & libram intelligit, in quo, cùm non cum herede, sed cum familiæ emtore negotium perageretur, heres testis esse potuit. *d. §. 10.* Quam interpretationem probat etiam *Wesemb. ad d. §. 10. n. 5. Ant. Fab. in error. Pragmat. Dec. 66. err. 2. Guilh. Masius singul. opinion. lib. 6. c. 17. n. 6.* Sed eandem improbat, *Bach. ad d. §. 10. de testam.* quoniam *Vlp.* ipse scribit, sua ætate, hoc per æs & libram testandi genus ferè solum in usu fuisse, *in fragm. t. 20. §. 1.* Verùm hæc ratio non satis stringit, sed eò tantùm pertinet, quod ex iis testamentorum generibus, quæ jure Civili recepta erant, diutius permanserit & in usu fuerit illud, quod per æs & libram fieri solebat, *arg. §. 1. inf. Inst. d. t.* aliàs & *Vlp.* temporibus testamentum Prætorium, & ex constitutionibus Impp. ortum, de quo agit *Justin. §. 2. & 3. Inst. eod. t.* obtinuisse, vel ex eo colligitur, quod idem *Vlp.* hinc inde subscriptionis & signaculorum testium mentionem faciat, *l. heredes. 20. pr. d. l. 22. §. si quis. 4. ff. qui test. fac. poss.* quæ in testamento per æs & libram locum non habuerunt, ut patet ex *d. §. 1. 2. & 3. Inst. de testam. Mas. d. c. 17. n. 5.* Nos missis hisce conjecturis, & suo loco relictis, *Vigl.* sententiam præferendam putamus, cum *JCtorum* fragmenta in *Pandectas* relata non ex mente illorum, sed ex *Justin. Imp.* sensu, utpote, qui omnia ista sua fecit, accipienda sint, *l. 2. §. tanta autem. 10. C. de vet. jur. enucl.* Domesticos heredis, quod attinet, *Imp. d. §. 10.* eodem modo, quo in *§. praeced.* de iis tantùm loquitur, qui potestatis unitate conjuncti sunt, puta filio in potestate constituto, parente, qui heredem in potestate habet, & fratribus in ejusdem potestate constitutis. Unde sequi videtur, filium heredis emancipatum, ejusq; uxorem, & similes personas cognatione & affectione conjunctas, testes esse non prohiberi, *arg. eorum.* quæ supra dicta sunt: idq; probat *Vigl. ad d. §. 10. n. 3. Wilhelm. Mas. d. c. 17. n. 7. & Dd. magis comm.* Sed fortassis tentari posset,

ſet, nec hos admittendos eſſe, utpote ad quos commodum ex teſtamento ſaltem per conſequentiam redundaturum ſit, contra *d. l. 10. C. de teſtib. l. 1. §. in propria. 11. ff. quando appellandum &c.* Nihilominus cum olim etiam heres ipſe teſtis eſſe potuerit, & in hoc ſolo jus mutatum reperiatur, tutius eſt, ut in dubio cum communi tráseamus: quamvis ad exemplum heredis, & his perſonis ſuadendum ſit, ut hoc jure minimè abutantur, *arg. d. §. ſed neq. 10. Inſt. de teſt. ord.* De legatariis & fideicomm. textus expreſſi ſunt, iis teſtimonium denegandum non eſſe, *in §. legatariis. 11. Inſt. d. t. l. 20. pr. ff. qui teſt. fac. poſſ. l. dictantibus. 22. C. de teſtam.* Idq; ſpecialiter in teſtamentis receptum eſſe, vel ex eo patet, quod aliàs omnes ii, ad quos vel per conſeq. commodum ex actu aliquo ſpectat, à teſtimonii dictione repellantur, *d. l. 1. §. 11. ff. quando appellandum.* Rationes hujus ſpecialitatis variæ à noſtris redduntur, ut videre eſt apud *Eguin. Baron. Vigl. Zuich. Vult. & alios ad d. §. 11. Donell. 6. comm. 7. ibiq. Hillig. lit. O. Arum. Exerc. 7. th. 6.* In *textu d. §. 11.* ea eſt, quod legatarii non ſint juris (intellige univerſalis, *Sylv. Aldobr. ad d. §. 11.*) ſucceſſores, nec inter illos & teſtatorem quicquam agatur. *d. §. 10. eod. t.* Sed ii confirmandi teſtamenti gratia tantùm adhibeantur, *l. ſi quis. 14. ff. de rebus dub.* Heres enim, cum per ipſorum teſtimonium confirmato teſtamento, univerſa bona conſecutus ſit, imp. obeiis objecturus eſt, quod ſuper propria cauſa teſtati fuerint. *Bach. add. §. 11. n. 2.* Aliam rationem rejectis aliorum opinionibus reddit *Maſ. d. lib. 6. ſing. opin. c. 18. n. 4.* videlicet quod teſtamenti factio juris publici ſit, *l. 3. ff. d. t.* in actibus autem juris publici non attendantur ea, quæ ob commodum vel incommodum in actibus privatis obſtare ſolent, cum ratio quæ teſtes in cauſis privatis removet, locum non habeat in iis, quæ certam & ſolennem formam Legibus & Jure publico acceperunt, *arg. l. nec ex Prætorio. 27. ff. de R. J.* Sed hæc ratio nodum non tollit, quia potius manifeſtè principium petere videtur, cùm nihilominus dubium ſit & maneat, cur Legibus & jure publico legatariis in propria quodammodo cauſa teſtimonii dictio conceſſa ſit: Niſi fortè ad publicum teſtamentorum favorem hoc referre quis voluerit, quod diſplicet ipſi *Maſio d. c. 18. n. 3.* Nos à rationibus ſupra allatis temerè recedendum

dum non putamus, tum quod textibus juris expressæ sint *in d. §. 10. & 11. Inst. de testam. l. 14. ff. de rebus dub.* tum quod specialem testatorum naturam satis aperte indicare, & obstaculum illud de propria causa removere videatur, eo ipso, quod testes testatori testimonium perhibeant, *arg. d. §. 10.* & ad ipsum testamentum confirmandum adhibeantur, *d. l. 14. ff. de rebus dubiis.* Et hæc opinio de legatariis ac fideicommiss. ad testimonii dictionem admittendis, quoad scriptum testamentum expedita est: ( nisi quod *Ant. Fab. in err. pragm. Dec. 66. err. 7.* existimet hodie post *N. 1.* id legatariis & fideicommissariis permittendum non esse, de quo postea:) in nuncupativo verò aliud dicendum post veteres quosdam, ut ipse fatetur, existimat, *Duar. ad t. ff. qui test. fac. poss. c. de testib. in testamentis &c. & Ant. Faber. d. Dec. 66. err. 1.* tum quod *d. §. 11. de testamentis ord. d. l. 20. pr. ff. qui test. fac. poss. & d. l. 22. C. de test.* satis apertè de scripto, non nuncupativo testamento loquantur: tum quod legatarii in nuncupativo testamento rectâ & simpliciter in propria causa testari videantur contra *d. l. 10. ff. de test.* cum non satis sit, ut de heredis institutione aliisq; testamenti capitulis deponant, sed & legatum sibi relictum esse dicere necesse habent: tum deniq; quod ratio quoq; *in d. §. 11.* proposita, quod Legatarii juris successores non sint, ad scriptum tantum testamentum pertinere videatur, utpote in quo ad probandam solennitatem, non voluntatem adhibeantur, quam ut plurimum ignorant, ac proinde sibi, vel in re propria testimonium perhibere videri nequeunt. Adde *Angel. Aret. ad d. §. 11. de testam.* ubi variis distinctionibus rem expedire conatur. Sed contrarium ut communius receptum, ita verius quoq; videtur, tum quod textus *in d. §. 11, & d. l. 20.* generaliter loquatur, adeoq; ad certam testamenti speciem restringendus non sit, *arg. l. de pretio. 8. ff. de publ. in rem act.* tum quod ratio quoq; subjecta generalis sit, & tam nuncupativo, quam scripto testamento conveniens, nempe quod legatarii juris successores non sint, nec inter illos & testatorem quicquam geri credatur, *d. §. 11. de testam.* deniq; quod & alia quæ de testibus ibi habentur non ad scriptum tantùm testamentum, sed simul ad nuncupativum quoq; pertineant. *§. 6. & seqq. aliquos. Instit. d. t. Hottom. & Vigl. Zuich. ad d. §. 11. n. 9. Hillig ad Donell. 6.*

*comm.*

*comm. 7. lit. O. Arum. d. Exerc. 7. th. 16. Tim. Fab. D. ad Inst. 18. th. 10.* Non obstant ea, quibus *Duar. & Faber.* in contrarium moveri supra diximus. Nam ad primum responsio patet ex rationibus decidendi à nobis propositis, cum non tantum pleraq; quæ de testibus in *d. t.* habentur generalia sint, & nuncupativo quoq; testamento conveniant, sed etiam ratio subjecta generalis, ut ex ipso *textu. 12. & §. ult. eod. t.* satis apparet. Ad secundum etiam responsionem suppeditat ratio specialitatis circa legatarios & fideicomm. reddita, maximè cùm & in nuncupativo testamento heredis institutio testamenti caput sit & fundamentum §. *ante. 34. Inst. de legat.* adeoq; legatarii heredi rectà & principaliter, non sibi testimonium dicere intelliguntur, nisi per consequentiam: quam considerationem in testamentis neminem à testimonii dictione repellere ostendit exemplum filii emancipati, heredis, quem testé esse posse ha ot obscurè probat, *d. §. 10. Inst. de test.* ubi tantùm ii qui in heredis potestate sunt, prohibentur. Ad tertium respondetur, negando differentiam istam inter testamentum scriptum & nuncupativum, cum & in scripto testes ad probandam voluntatem defuncti adhibeantur, legatarii quoq; in eo legatum sibi relictum ejusq; qualitatem non rarò scire possint, adeoq; & sic saltim per consequentiam in propria causa testimonium dicere videantur, ut pluribus prosequitur *Maf. d. c. 18. n. 9. 10. & 11.* Ad scriptum testamentum quod attinet, contendit *Ant. Fab. d. Dec. 66. err. 3.* hodie ne in eo quidem legatarios testes esse posse propter *N. 1.* qua constitutum à Justin. est præter omnem juris veteris rationem, ut si heres adire hereditatem detrectet, tandem legatarii vel fideicommissarii hereditatem adire possint, & implere omnia, quæ heres ipse, si hereditatem adiisset, facere teneretur. Quæ res cum efficiat, ut etiam legatarii juris, & quidem universalis successores hodie esse possint, conseq. est, eodem modo, quo heres repellitur, & legatarios atq; fideicommissarios removendos esse, *arg. d. §. 11. Inst. de test.* Idq; eo magis quod *d. constitutione N. 1.* legatarii tacitè ad instar fideicommissariorum universalium redacti videantur, quos testes esse non posse expeditum sit. Verùm hæc omnia tanti non sunt, ut propterea juris correctio per subauditos intellectus induci debeat: tum quod

ex *d. N. 1.* legatarii non ex testamento aut voluntate testatoris, sed per accidens interdum juris successores constituantur; quæ autem ex accidente & rariùs contingant, in considerationem venire, aut ordinem juris mutare non solent, *arg. l. 3. 4. 5. & 6. ff. de legib.* tum quod *d. N. 1.* demum procedit eo casu, quo de testamenti solennitate & perfectione jam constat, adeoq; de solennitate & testium qualitate quæstio nulla amplius esse potest; ut taceamus, quod eò tantùm referenda videatur, d. Constitutio, quum heres hereditatem jam adiit, & postea voluntati defuncti satisfacere recusat, ut alibi docuimus ex *Bach. ad Trentl. vol. 2. D. 14. th. 1. lit. D. sub. fin.* Ex quibus facilè colligitur, legatarium isto casu neq; cum substituto, neq; cum fideicomm. universali rectè comparari, cum voluntatem defuncti quoad hereditatem non habeat, substitutio autem omnis à voluntate testatoris dependeat, *pr. & tot. t. Inst. de vulg. subst.* neq; actiones omnes tam activè quam passivè in ipsum transeant, quod in fideicomm. universali fieri expeditum est. *§. & Neronis. 4. Inst. de fideicomm. hereditatibus.* Adde quod nonnulli & universalem fideicomm. æquè ac particularem in testamento testem esse posse existiment *Lockam. Q. Justin. 218. Harpr. ad d. §. de testam. n. 13.* & in id proclivior est etiam *Mas. d. lib. 6. sing. opin. c. 19. n. 12.* tum quod nuspiam prohibeatur, *arg. l. 1. §. 1. ff. de testibus*, tum quod fideicommissarius expressè admittatur *in d. §. 11. Inst. de testam.* idq; sine distinctione, universalis ne an singularis sit, *arg. d. l. 8. de publ. in rem act.* tum deniq; quod nihil cum ipso, sed totum, quod testamenti ordinandi causa agitur, inter testatorem & heredem agi creditur, *d. §. 10. Inst. de testam.* Verùm contrarium placet *Joh. Fabr. Angel. Aretin. Eguin. Baron. & Dd. comm. ad d. §. 10. Inst. de testam. Ant. Fab. d. Dec. 66. error. 5.* Ratio est, quod fideicommissarius juris universi successor sit, utpote cui ex jussu defuncti universa hereditas restituenda est, & in quem ex SCto Trebell. omnia jura transeunt. *d. §. 4. Inst. de fideicomm. hereditat. Bach. ad d. §. 11. de testam.* Nec obstat, quod nuspiam expressè prohibeatur; quoniam ex eo ipso satis cerni intelligitur, quod heres sit, adeoq; universi juris successor. *arg. d. §. 10. Inst. de testam.* Minus movet *d. §. 11.* ubi particularis, vel singularis fideicommissarii mentionem fieri, vel ex eo

patet

patet, quod cum legatario comparetur, quem ab universali fideicommissario plurimum differre, satis colligitur, *ex l. 1. pr. ff. ad SCtum Trebell.* Facit quod singularia fideicommissa legatis exæquata sunt *§. sed non. 3. Inst. de legat. l. 2. C. communia de legat. & fideicomm.* non universalia, *arg. §. imprimis. 2. Inst. de fideicomm. hered. & pr. Inst. de singul. reb. per fideicommissum relict.* Sed nec tertia ratio stringere videtur, cùm licet immediatè quoad actum testandi inter testatorē & fideicom. nihil agatur, voluntate tamen & jussu testatoris ipsi hereditas restituenda est, & ex SCto Trebell. omnes actiones in ipsum transferendæ, ut supra dictum. *Tima. Fab. d. D. 18. th. 10. lit. B.* Hujus loci quæstio est, an etiam tutor & executor testamentarius ad testimonium in testamentis adhiberi possint? Et in scripto quidem testamento quin tutor testis esse possit, à nemine hactenus dubitatum fuit: nisi fortè seipsum quis tutorem scripserit, quo casu ipsum tutorem esse non posse probat *Papin. in l. ex sententia. 29. ff. de testam. tutel.* at aliam rationem in nuncupativo testamento esse contendit *Ant. Fab. d. Dec. 66. err. 6.* tum quod in illo tutor sibi ipsi testimonium perhibeat contra *d. l. 10. ff. de testib.* tum quod nihil referre videatur, utrum quis seipsum tutorem scribat, an testimonio suo tutorem se esse declaret, *arg. d. l. 29. ff. de testam. tutel.* Sed prius fundamentum facilè eliditur per ea, quæ supra de legatariis à testimonii dictione non removendis dicta sunt: in posteriori aliam planè rationem esse ejus, qui se ipsum tutorem scribit, & ejus qui in nuncupativo testamento de voluntate defuncti testimonium perhibet, vel ex eo colligitur, quod legatarius etiam sub pœna falsi legatum sibi ascribere prohibeatur, *l. si quis. 6. ff. ad l. Corn. de fals.* quē tamen in testamento tam nuncupativo, quam scripto testem esse posse constat, *ex d. §. 11. Inst. de testam.* Accedit quod prohibitio tam in tutore, quam in quovis alio sibi quid adscribente, expressè de testamento scripto concepta sit, adeoq; temerè & sine textu ad aliud testament. genus, nuncupativum videlicet porrigi non debeat: maximè cùm ratio prohibitionis in eo consistat, ne quis scribendo testamentum facilè falsum comittat, & contra vel præter voluntatem defuncti sibi quid adscribat, *arg. d. l. 6. & l. filius. 14. ff. ad L. Corn. de falsis &c.* quam in nuncupativo cessare expeditum est. Unde-

de facilè patet, id multò minus admitti posse, quod idem Faber existimat, ne quidem eum, qui ultra septem testes in nuncupativo testamento adhibetur, tutorem esse posse: quoniam testatoris voluntas satis per reliquos septem probatur, & ea quæ abundant, alias etiam nocere non solent, *arg. l. non solent. 94. ff de R. J. Mas. d. lib. 6. c. 20. n. 4.* Ad executores quod attinet, ii varii sunt, & in genere quidam legitimi, alii testamentarii; legitimi sunt, quibus à lege potestas defendendæ & exequendæ voluntatis ultimæ tributa est, quales sunt omnes boni magistratus, quos non malè publicos ultimarum voluntatum conservatores appellat *Joh. Oldendorp. de execut. ultim. volunt. t. 2. n. 2.* Testamētarii sunt, quos testator ad exequendā voluntatis suæ postremā ordinationem constituit, *arg. l. solent. 3. ff. de alim. & cibar. legat. l. nulli. 28. C. de Episc. & Cler. n. 131. c. 11.* suntq; vicissim vel universales vel particulares: quorum illi omnibus modis heredes censentur, & nomen heredis habent, *l. id quod. 24. l. si quis. 49. C. de Episc. & Cleric.* puta si testator nullo instituto herede, bona sua inter pauperes per aliquem distribui voluerit, *arg. d. l. 49. C. de Episc. & Cleric.* Hi iterum non uno modo constituuntur; aut enim testator pauperes heredes instituit, & executorem nominavit, vel cum distribuendi facultate, vel nulla distributionis facta mentione, *l. alio herede. 9. ff. de alim. & cibar. legat. & d. l. 49. C. de Episc. & Cleric.* aut deniq; simpliciter executorem in suo testamento, aliis heredibus institutis nominavit, quem nudum & merum executorem nostri vocant, ut testatur *Oldend. d. tr. t. 2. n. 13. Masius. d. lib. 6. c. 20. n. 6.* Et de postremo hoc quæstionem nostram conceptam esse quivis facilè intelligit, cum reliqui heredes quodammodo sint, adeoq, ad testimonii dictionem procul dubio admitti nequeunt. Eum igitur, executorem videlicet merum testem in testamento esse non posse quidam contendunt, ut videre est apud *Joh. Dilectum de art. test. t. 2. caut. 9.* quorum opinionem tueri conatur *Ant. Fab. Dec. 66. err. 7.* tum quod executor similior sit tutori, quàm legatario, tutor autem testis esse nequeat, *d. l. 29. ff. de test. tut.* tum quod nec legatarii hodie testes esse possint, *arg. N. 1.* tum deniq; quod executores plerumq; in compensationem & remunerationem suscipiendi oneris aliquid

acci-

accipiant, aut certè onus injunctum coram testatore & reliquis testibus suscepturos se recipiant, atq; ita utroq; casu tanquam testes in propria causa meritò rejiciendi sint, imprimis si utrumq; (puta & legatum vel remuneratio aliqua, & promissio de suscipiendo injuncto onere) concurrant. Tum enim quemadmodum tutor promittendo se obligavit, ne postea ullam allegare excusationem possit; ita testator quoq;, ne legatum unquam adimere valeat, obligasse se censendus est, *arg. l. Aquilius. 27. ff. de donat.* Verùm quid ad fundamenta hæc respondendum sit, facilè patet ex illis, quæ supra dicta sunt. Nam & legatarium & tutorem testes in testamento esse supra firmavimus: Sed nec executoribus semper in recompensationem laboris quid relinquitur, & si relictum fuerit, illud naturam ultimæ voluntatis retinet, & consequenter revocabile manet, *per l. 4 ff. de adim. vel transf. legat.* maximè cùm actus executionis nullus præcesserit, qui remuneratus à testatore dici possit, ut rectè docet *Mas. d. c. 20. n. 10.*

## Finis & effectus testamenti idem est, qui ultimarum voluntatum in genere.

De quo cùm satis dictum supra in parte generali, meritò eò nos remittimus.

# CAPUT II.
## DE INSTITUTIONIBUS ET SUBSTITUT.

## Institutio nihil aliud est, quàm successoris à testatore facta designatio.

Neq; enim accurata definitione opus est, sed ex verborum explicatione rei ipsius natura satis intelligitur. Quippe heres succes-

 sorem

sorem universalem denotat, qui succedit in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil est. 24. ff. de V. S. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* & instituere, est designare vel nominare, sive id per scripturam sive per nuncupationem fiat, *l. 1. §. 1. ff. de hered. instit. Vult. in Jur. Rom. lib. 1. c. 73. n. 52.*

Eaq; vel necessaria est, vel voluntaria. Necessaria est liberorum & parentum qui hodie omninò instituendi sunt: aliàs si præteriti vel sine causa exhereditati fuerint, testamentum ipso jure nullum est.

Olim varia erat differentia inter masculos & fæmellas, suos & emancipatos, jam natos & posthumos, naturales & adoptivos, quæ explicatur *in pr. §. 2. 3. & 4. Inst. de exhered. liber.* Sed *Justin.* sublato maximâ ex parte hoc discrimine, constituit, ut omnes omninò liberi, sive masculi sint, sive fœmellæ, sive sui, sive emancipati, sive jam nati, sive posthumi, eodem modo, expressè & nominatim, non inter cæteros instituantur aut exheredentur, eundemq; effectum habeant circa parentum suorum testamenta infirmanda & hereditatem auferendam. *§. sed hæc quidem. 5. Inst. d. t. de exhered. liber.* Quem textum eò quidam porrigunt, ut etiam emãcipatis & præteritis testamentum ipso jure nullum esse existiment, per *d. §. 5. ibi ut omnes sive sui, sive emancipati. ibiq; Theoph.* Verùm interpretatio hæc menti Imperatoris convenire non videtur, utpote quem non suitatis & emancipationis differentiam, sed eam tantùm quæ ex sexu & gradu oritur, tollere voluisse tum ex ipso contextu *d. §. 5. de exher. liber.* tum ex *l. magnum. 4. C. de liber. præter.* satis colligitur; Sensus enim *d. §.* hic est, quod cum olim nepotes & filiæ tam suæ quàm emancipatæ etiam inter cæteros salvo testamento exheredari possent, *d. pr. & §. emancipatos. 3. Inst. d. t.* hodie non aliter quàm nominatim rectè exheredentur, aliàs suis præteri-

tis

tis vel non ut oportet exheredatis, testamentum ipso jure sit nullum, *d. pr. & d. §. 5.* Emancipatis verò succurratur per bonorum possessionem contra tabb. *d. §. 3.* posthumi demum nativitate, si vivi nati fuerint, testamentum rumpant, *d. §. posthumi. 1. Inst. de exhered. lib. & l. 2. C. de posthum. heredibus instit.* Nam hoc discrimen & hodie adhuc superesse rectè monet *Gloss. ad d. §. 5. Adde Vigl. Zuich. Myns. & Bach. ad d. §. 5.* Sed quid de jure Novellarum dicendum? Et hic variæ sunt Dd. opiniones. Quidam enim jure hoc novissimo liberos omnes, tam à patre quàm matre, tam avo, quam avia aut nominatim instituendos, aut exheredandos esse, & quidem causa aliqua ingratitudinis à Justin. proposita, adjecta, *N. 115. c. 3.* quod si factum non fuerit, sed liberi aut præteriti, aut sine causa exheredati fuerit, testamentū ipso jure nullius momenti sit, nec ullum liberis præjudicium afferre possit, *d. c. 3.* Uno tantùm casu excepto, cùm exheredatio ex justa causa facta, nec dum ea ab herede probata est; quò valere testamentum, sed à suis per querelam inofficiosi, ab emancipatis per bonorum possessionem contra tabb. rescindi posse existimant *Jas. ad Auth. ex causa. C. de lib. præter. n. 19. Jul. Clar. 4. Sent. §. testamentum. q. 40. & q. 42. n. 1. & 2. Wesemb. in par. ff. de inoff. test. n. 7. & Dd. comm.* Alii etiam hoc jure adhuc inter præteritionem & exheredationem, & patrem ac matrem, aliosq; ascendentes in linea materna, ut & inter liberos suos & emancipatos differentiam constituunt, ut siquidem liberi in potestate constituti à patre præteriti fuerint, testamentum ipso jure nullum sit, nec quicquam in eo relictum valere possit, *d. pr. Inst. de exhered. liberorum. l. inter cætera. 30. ff. de liber. & posthum.* sin verò exheredati, vel emancipati præteriti aut exheredati sint, testamentum ipso jure subsistat, & per querelam demum rescindi possit, *pr. Inst. de inoff. test. l. 3. ff. eod. t.* item si forte mater vel avus maternus liberos exheredaverit vel præterierit. Nam horum præteritionem etiam hodie pro exheredatione esse volunt *per §. ult. Inst. d. t. de exhered. liber. Duar. ad t. ff. de inoff. test. Don. 6. comm. 13. Treutl. vol. 1. D. 13. th. 1. lit. F.* Nonnulli indistinctè sive præteritio vel exheredatio à patre, sive matre etiam sine causa facta, sive liberi in potestate constituti, sive emancipati fuerint, testamentum valere, sed vel

actione præteriti, vel querelâ inofficiosi rescindi contendunt, *l. contra. 16. C. de inoff. test. & d. N. 115. c. 3. Giphan. ad Auth. Non licet. & Auth. ex causa. C. de liber. praterit.* Nos communem quidem Dd. opinionem reliquis præferimus, sed ita tamen, ut eo quoq; casu, quo heres causam ingratitudinis adjectam probare nequit, testamentum ipso jure nullum esse existimemus. Est enim *d. N. 115. c. 3. & 4.* certa exheredationi præscripta forma, ut non amplius nuda exheredationis sufficiat solennitas, sed ita demum, si (1) ex justa & in *d. N. 115.* expressa causa facta fuerit. (2) Si heres adjectam causam probaverit: qua forma non observatâ testamentum tanquam contra regulas juris factum nullius momenti erit, *arg. l. 4. ff. qui test. fac. poss. l. 5. C. de legibus.* nec ullum præjudicium præteritis vel exheredatis generare poterit, *d. N. 115. c. 3. & 4.* Nec obstat quod in *d. N. 115. c. 3. & 4. in f.* evacuationis & rescissionis mentio fiat, quod autem ipso jure nullum est, rescindi minus rectè dicatur, *l. 5. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Respondetur enim interdum in jure nostro rescindi & illud dici, quod ipso jure non subsistit, *arg. l. 1. §. 1. in f. ff. de ser. l. 1. C. qui manumitt. non poss. juncto pr. Inst. qui & ex quibus causis manum. non poss.* quo sensu & hic verbum illud accipi, partim ex iis verbis, quæ ibidem habentur, videlicet nullam vim obtinere, nullum præjudicium generare; partim ex eo colligitur, quod in hoc textu nova forma testamento parentum præscripta sit, quâ non observata testamentum ipsò jure non valere dicendum est, *arg. d. l. 5. C. de legib. & d. pr. Instit. qui & ex quib. caus. manum. non poss.* Deinde non movet, quod in *d. N. 115.* de modis infirmandi testamenti nihil expressè mutatum reperiatur, adeoq; meritò juri antiquo standum sit, *arg. l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appell.* quo ob præteritionem tantùm filii in potestate constituti testamentum nullum erat, propter reliquos verò liberos præteritos vel exheredatos vel rumpebatur, vel per bonorum possessionem cōtra tabb. aut querelam inofficiosi rescindebatur, *d. pr. & tot. t. Inst. de exheredat. liber.* Responsio enim haut difficilis est ex iis, quæ dicta sunt, videlicet eo ipso, dum *Imp. in d. N. 115.* novam formam exheredationi & præteritioni præscribit, etiam de modo infirmandi disposuisse, ut forma ista non observata, testamentum ipso jure nullam

nullam vim obtineat, nec ullum præjudicium generare possit. *d. N. 115. c. 3. & 4.* Minus ad rem facit, quod admissâ hâc interpretatione *d. N. 115. c. 3. & 4.* multas leges imò integros titulos *de inoff. test. de bon. poss. contra tabb.* correctos esse dicendum foret, quod, cum *Justin.* nullam mutationis istius mentionem faciat, verosimile non videtur. Nam responderi potest, leges priores per posteriores dupliciter corrigi & mutari posse, vel expressè abrogando, *l. 5. ff. de decret. ab ord. fac. l. 2. ff. de constit. Pr.* vel contrarium constituendo, ita ut prior lex vel constitutio cum posteriori consistere nequeat, *l. sed posteriores. 28. ff. de legib. l. ult. ff d. t. de constitut. Pr.* Cum igitur & *hac N. 115.* quoad formam exheredationis & præteritionis prioribus legibus contraria sit, mirum non est, si per eam leges vel constitutiones præcedentes, etiam sine expressa mutationis mentione, correctas esse dicamus. Deinde fortasse verius est, querelam inoff. ne in linea quidem recta in totum sublatam, sed viam tantùm expeditiorem, remedium videlicet nullitatis propositum esse, *arg. l. ult. C. de jur. delib. quâ de re infra c. 4.* agendum erit, hîc attigisse sufficiat. Ad opinionem *Giphan.* quod attinet, ea partim *l. 16. C. de inoff. test.* partim *l. filio. 17. & l. posthumus. 10. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* nititur: ex quibus textibus hoc effici putat, ut testamentum ob præteritionem vel exheredationem non ipso jure simpliciter nullum sit, sed ita demum, si liberi voluerint, vel actione præteriti, vel querela inofficiosi rescindatur. Verùm nec *d. l. 16. C. de inoff. testam.* de actione præteriti sed de testamento ex omissione solennitatis alicujus imperfecto, sive nullo satis apertè loquitur, ut agnoscit etiam *Gloss. ad d. l. 16. Nec d. l. 12. & l. 19 ff. de injust. rupt. & irrit.* generaliter de quovis præterito abstinente, etiam si extraneus institutus fuerit, accipienda est, sed de eo solùm casu, quo filio præterito alius legitimus heres, qui ab intestato hereditatem auferre potest, institutus est, ut ipsa dd. *legum verba.* ibi: *si bonorum possessio data fuerit eis, qui rem ab intestato &c. l. 12. in f. pr. & ibi: si præteritus fratribus partem hereditatis avocabit. l. 17. de injust. rupt. & irrit. test. Donell. 6. comm. 13. Cujac. ad lib. 5. responsor. Papin. pag. 209. Bocer. de jur. succed. in feud. c ult. q. 1. pag. 473.* Adde *Ant. Fab. lib. 9. conject. c. 14.* Ex his quæ jam dicta sunt, haud diffi-

difficulter colligitur, hodiè discrimen nullum faciendum esse, (1) inter præteritionem paternam & maternam, nec (2) inter præteritionem & exheredationem: quemadmodum nec (3) inter liberos, utrum sui an emancipati, nati, an posthumi fuerint: sed omnibus iis vel præteritis, vel non, ut oportet, exheredatis, testamentum ipso jure nullius momenti fore per *d. N. 115. c. 3.* Nam quāvis olim posthumos etiā alieno odio gravatos salvo testamento exheredari potuisse expeditum sit, *arg. l. si quis. 33. §. 1. C. de inoff. test. Duar. ad t. ff. de inoff. test. c. 6. Connan. 9. Comm. 10. n. 5. Arum. Exerc. 10. th. 6. & alii allegati à Treutl. vol. 1. D. 13. th. 2. lit. A.* tamen hodie postquam exheredatio non aliter quàm adjecta ingratitudinis causa fieri potest *d. N. 115. c. 3.* eos exheredari non posse verius videtur; cum nec ulla ingratitudinis causa in eos cadere possit, *d. l. 33. in f. C. de inoff. test. Cujac. ad l. 4. ff. de liber. & posth. Eguin. Baro ad § tam a. 2. vers. posthumi &c. Inst. de inoff. test. ibiq; Schneid. n. 2. & Dd. comm. teste Jul. Clar. d. §. testamentum. q. 41. n. ult.* Non obstat *l. multi. 18. ff. de liber. & posthum l. si quis patronus. 12. §. si quis 2. ff. de bon. libert.* Responderi enim potest, vel ibi specialem casum esse, quo liberi non notæ causa, sed bona mente & consilio exheredati sunt, ut ex ipsis textibus satis apparet. Cujusmodi exheredationes cum in favorem liberorum fiant, *l. 3. §. 3. ff. de usur. per d. N. 115.* utpote quæ ipsa quoq; favorem liberorum concernit, ut injuria præteritionis & exheredationis ab ipsis auferatur, sublata non videtur. *Lockam. Q. Justin. 223.* Vel potius dicendum, etiam hanc exheredationem novissimo jure sublatam esse per *d. N. 115. c. 3.* quæ omnem exheredationem sine causa factam tollit: fortè propterea ne admissa hac exheredandi licentia, parentes ansam etiam malamente liberos exheredandi arriperent, contra intentionem *Imp. in d. N. 115. c. 5.* Ex eadem hac N. & istis principiis positis & illa deciditur quæstio, An si pater testamentum quidem fecit, in eoq; filium exheredavit, sed causam ingratitudinis nullam adjecit, heres eam probare volens admittendus sit? Negativa enim satis apertè probatur per *d. N. 115. c. 3. in f.* ubi requiritur, ut causa ingratitudinis testamento inseratur, & ita demum ab herede probetur: unde si testator eam tacuit, omninò remissa præsumitur, *arg. d. l. 30. vers.*

*si*

*si nullam. C. de inoff. test. & l. fin. C. de revocand. donat.* Non obstat *l.3. §. fin. ff. de adimen. vel transfer. legat.* Ubi propter supervenientes inimicitias gravissimas, legata & fideicom. tacitâ voluntate testamentis ademta censentur. Nam alia ratio legatorum est, alia hereditatis: legata & fideicomm. etiam sine causa nudâ voluntate adimi possunt, *arg. l. 4. ff. d. t. l. cum hic. 32. §. pœnitentiam. ff. de donat. int. vir. & uxor.* hereditas verò sine ingratitudinis causa testamento expresse inserta liberis à parentibus auferri nequit. *d. N. 115. c. 3.* Utpote quæ tàm naturali quàm civili jure ipsis debetur, *l. 7. pr. ff. de bon. damnat.* Fachin. *post. alios à se allegatos. lib. 6. controvers.* Econtra verò si parens filium in potestate existentem præterierit, legitima causa inserta, eaq; ab herede probata, testamentum valere & firmitatem suam obtinere dicendum est. Nam quamvis *Fulgos. in Auth. ex causa. C. de liber. præter.* hanc quæstionem Imperatoria decisione indigere existimet: tamen ea per textum *d. N. 115. c. 3.* satis decisa videtur, dum Imperator non tantùm statuit, non licere patri filios præterire, nisi ingrati probentur, & causæ ingratitudinis nominatim testamento inserantur: quo proculdubio simul innuere voluit, si causæ justæ testamento insertæ, & ab herede scripto probatæ fuerint, testamentum tanquam secundum legem factum consistere: sed etiam expresse sancit, quod si causæ ingratitudinis testamento insertæ & probatæ fuerint, illud firmitatem suam obtinere debeat. *d. c. 3. §. ult. vers. sive igitur omnes &c.* Nec movet, quod vocabulum præteritionis non pauci ex nostris ad maternam, aliamq; quæ pro exheredatione est, restringere conentur. Horum enim opinionem jam supra rejecimus, eaq; satis *ex ipso Nov. textu* refellitur, ubi clarè statutum est, non licere penitus neq; matri, neque avo, neque aviæ, proavo vel proaviæ liberos suos præterire, vel exheredes facere, nisi liberi ingrati probentur, & causæ ingratitudinis testamento nominatim inserantur. Quibus verbis præteritio paterna & materna, ut & exheredatio & præteritio conjungitur, & idem jus de iis statuitur. Sed nec illud infert impedimentum, quod Imperator in *d. c. 3. sub fin.* exheredationis tantùm mentionem facit, ibi: *nullum exheredatis liberis præjudicium, &c.* quoniam hodiè præteritionis & exheredationis eadem ratio, ut patet *ex d. c. 3. pr.* & conseq. ead em ju-

ris diſpoſitio, *arg. l. illud. 32. ff. ad l. Aquil.* vel quoniam aliàs quoq; exheredationis appellatione & præteritio contineri ſolet, *arg. l. ſi patronus. 12. pr. ibi: ſilentio exheredaverit &c. ff. de bon. libert.* Adde *Fachin. d. lib. 6. contr. 77.* Illud hic quoq; notandum, ſatis eſſe, ſi liberi vel in re minima inſtituti fuerint: *d. N. 115. c. 5.* Valebit enim teſtamentum, & actioni ad ſupplementum legitimæ locus erit. *§. ſed hac ita. 3. Inſt. de inoff. teſt. d. l. 30. C. eod. tit.* Sed inſtituendi tamen omninò ſunt, ne aliàs ſi abſq; cauſa juſta præteriti vel exheredati reperiantur, teſtamentum ipſo jure nullius momenti ſit, ſecundum *d. N. 115. c. 3.* Quamvis enim non tantum jure *ff. & codic. l. Papinianus. 8. §. ſi quis. 6. ff. & l. 30. C. de inoff. teſt.* Sed etiam Novellarum ad validitatem teſtamenti ſatis eſſet, ſi vel legitima, vel etiam minus quocunq; titulo liberis relinqueretur, *N. 18. n. 1.* tamen hoc correctum videtur per *d. N. 115. c. 3.* ubi expreſsè conſtituitur, ut teſtamentum in quo liberi præteriti vel non, ut oportet, exheredati ſunt, omninò non valeat, ne quidem ſi per quamcunq; donationem, vel legatum, vel fideicomm. vel alium quemcunque modum legitima relicta ſit. Et ratio eſt tum quod titulus inſtitutionis honorabilior, & injurioſum ſit, liberos à parentibus præteriri, *d. N. c. 115. c. 5.* tum quod propter jus accreſcendi etiam utilior & fortior, *l. un. l. quand. non petent. part. petent. adcreſc. Sich. ad d. l. 6. n. 2. & Auth. noviſſima. n. 21. C. de inoff. teſtam. Donell. 6. comm. 12. & 19. comm. 4. ibiq; Hillig. lit. R. D. Dd. comm. teſte Fachin. 4. contr. 24. & Jul. Clar. d. §. teſtamentum. q. 8. n. 7. & q. 28. n. 1.* Ab hac autem communi Dd. opinione recedunt *Eguin. Bar. ad d. §. ſed hac. 3. Inſt. de inoff. teſt. Vaudus. 1. q. 5. Walch. 1. miſc. 9. Arum. Ex. 10. th. 18.* qui etiam hodie quovis titulo legitimam rectè relinqui exiſtimant, modò invidioſa exheredatio non præceſſerit. Verùm hoc facilè refellitur ex *d. N. 115. c. 3. pr.* ubi ſatis apertè conſtitutum, liberos neq; præteriri neq; exheredari ſine cauſa debere, ſed omnino inſtitui, adeo ut ſi id factum non fuerit, teſtamentum nullam vim obtineat. Nec quicquam ad rem facit diſtinctio *Treutl.* ut quoad effectum querelæ excludendæ omninò requiratur inſtitutionis titulus; aliàs verò quando cauſa ingratitudinis nominatim teſtamento inſeritur & ab herede probatur, quovis titulo legitimam relictam

etiam esse sufficiat, *vol. 1. D. 13. th. 12. lit. A.* Nam posteriori casu validum est testamentum, etiamsi nec obulus ullo titulo liberis relictus sit, ut patet ex *d. c. 3.* & iis quæ supra à nobis dicta sunt, unde & illud repetendum, quod *d. N. 115.* ad querelam inoff. planè non pertineat, ad quam excludendam fortassis & hodie satis erit, quocunq; titulo liberis quid relictum esse, *arg. d. §. 3. Inst. de inoff. test. & d. l. 30. C. eod. t.* Quo inclinat etiam *Wesemb. ad d. §. 3. n. 5.* Quod autem supra dictum *jureff. & C.* quovis titulo legitimam rectè relinqui distinctionem recipit. Nam in filio in potestate constituto, institutio aut exheredatio omninò necessaria est, ne aliàs ipso præterito testamentum ipso jure corruat: in reliquis liberis nuda & simplex exheredatio, vel etiam præteritio, ut in matre & in linea materna adscendentibus, ad testamenti validitatem sufficiat, *d. pr. & tot. t. Inst. exhered. liber.* Relictum autem aliquid esse eò tantùm pertinet, ut parentes securè testentur, nec eorum elogia per querelam inoff. rescindi possint, *d. l. 8. §. 6 l. si non. 25. ff. d. t. de inoff. testam.* Adde *Jul. Clar. d q. 38. n. 2. & Wesemb. d. n. 5.* Et hæc quæ de institutionis titulo hodie omninò necessario diximus, in testamento solenni communiter recepta sunt, ita ut etiam *Jure Canon.* quo expresè contrarium constitutum non est, procedere velint, *Gloss. in c. Raynutius. 10. verbo: relinquens extra de testam. & Dd. comm. teste Jas. in d. Auth. Novissima. n. 31. C. de inoff. testam. Jul. Clar. d. q. 38. n. 3.* Aliud dicendum videtur in testamentis imperfectis & minus solennibus: ut (1) in testamento militis, in quo cum omnes solennitates Juris Civilis remissæ sint, ita ut quocunq; modo confectum ratum habendum sit. *pr. Inst. de testam. milit. l. 1. & tot. t. ff. & C. eod. t.* fortassis satis erit, si quocunq; titulo liberis legitima vel res aliqua relicta fuerit: quippe *d. N. 115. c. 3.* ad testamenta militum pertinere non videtur, cum specialia privilegia generali correctioni non subjaceant, adeoq; & hodiè adhuc præteritio pro exheredatione sit, hactenus ut testamentum ipso jure valeat, & actioni ad supplementum locus esse possit, *arg. d. §. sed hæc ita. 3. Inst. de inoff. test. & d. l. 3. C. eod. t. Vult. ad pr. Inst. d. t. n. 7. Fachin. 6. controvers. 74. Arum. Exerc. 10. th. 13.* Qua de re infra c. seq. pluribus agendum erit. (2) in testamento patris inter liberos,

quod ipsum, etiamsi liberi omnes instituti non sint, sed alio titulo ipsis quid relictum fuerit, valere existimat *Az. in sum. C. d. t. de inoff. n. pen. Jas. in Auth. novissima. n. 16. C. eod. t.* qui & in facti contingentia se ita consulturum & judicaturum expresse scribit. Rationes ejus sunt (1) quia in testamento patris inter liberos, cessant solennitates Juris Civilis, & solum jus gentium attenditur, *Bart. in l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 3. ad fin. C. de testam. & Dd. comm.* (2) quoniam in testamento patris inter liberos semper subintelligitur clausula codicillaris, & ut valeat actus omni meliori modo, quo valere potest, *Gloss. in l. coheredi. 41. §. cùm filia, verbo non valuit. ff. de vulg. & pupill. substit. Clar. d. §. testamentum. q. 8. n. 8. Hieron. Panschm. lib. 2. quaest. jur. contr. q. 9. n. 5.* in codicillis autem institutio necessaria non est, imò ne fieri quidem directè potest, *§. pen. Inst. de codicill.* (3) textus in *c. Raynutius. 16. extra de testam.* ubi valet testamentum patris inter liberos, quamvis filiae Alterochae aliquid legati, non institutionis titulo relictum sit, *Jason. in d. Auth. n. 21.* ubi hanc sententiam veram sicut Evangelium esse existimat. Verùm contraria opinio communiter tàm in Scholis, quàm foro recepta est, tàm à legistis, quàm canonistis, ut fatetur *Jas. d. loco. n. 16.* Pro qua communi opinione non tantùm allegatur regula, *d. N. 115. n. 3.* à qua cùm nusquàm exceptum reperiatur testamentum parentis inter liberos, meritò sub dispositione ejus relinquitur; sed etiam quod hoc ipsum privilegium testamenti patris inter liberos, ut sine solennitatibus valeat, favore liberorum introductū sit, adeoq; in odium eorundem retorqueri non debeat, *arg. l. quod favore. 6. C. de legib. Jul. Clar. d. q. 8. n. 7.* Quod fieret, si liberis alio quam institutionis titulo legitimam relinquere sufficeret, *arg. eorū quae supra dicta sunt.* Ad rationes ex *Jas.* supra in contrarium adductas responderi potest ad (1) negando consequentiam, quoniam & jure gentium (quod solum in hoc testamento attendi volunt) favor liberorum attendendus est, utpote quibus parentum hereditas tanquam jure naturali debita defertur successio, *l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat. l. nam etsi. 15. pr. ff. de inoff. test.* Quò inclinat etiam *Justin. in d. N. 115. c. 3. & 4.* cujus nulla alia fuit intentio, quàm injuriam praeteritionis & exheredationis à liberis & parentibus auferre.

ferre, *d. N. 115. c. 5.* Ad (2) dicendum est, non usq; quaq; expeditam esse istam Dd. theoricam, quod clausula codicillaris in testamento parentum inter liberos perpetuò intelligenda sit, ut patet ex iis, quæ supra in parte generali à nobis dicta sunt. Deinde non procedere eam, nisi quoad liberos, & in favorem liberorum, ut docet post *Gloss. in d. l. 41. de Vulg. & pupill. substit. Pantschm. d. q. 9. n. 6.* at hoc casu si subintelligenda foret, non in favorem, sed potius odium liberorum redundaret, ut jam supra attigimus. Ad (3) responsio peti potest ex *Gloss. ad d. c. Raynutius. in verbo : relinquens. extra de testam.* videlicet ibi filiam Alterocham etiam heredem institutam fuisse, ut ex textu ipso paulò attentius considerato haud obscurè colligitur. Adde *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. n. 229. & 230.* A communi igitur hac opinione in consulendo & judicando recedendum non est, ut rectè monet *Clar. d. q. 8.* frustrà reclamante *Jasone d. n. 22.* (3) Excipiunt testamentum ad pias causas, quasi & in isto filio institutionis titulo quid relinqui necessarium non sit, post *Bart. Bald. & alios relatos Jas. ad d. Auth. n. 20.* Ratio est, quoniam, ut filiis institutionis titulo aliquid relinquatur, mera juris civilis solennitas est, quæ in testamentis ad pias causas non attenditur. *Clar. d. §. testamentum. q. 6. n. 1. & n. 8.* Sed & hæc opinio generalitate textus in *d. N. 115. c. 3.* satis refellitur, nec usquam testamentum ad pias causas factum à dispositione ejus exceptum est. Non obstat, quod de solennitatibus juris civilis remissis affertur: vel quod defectus institutionis potius circa substantiam, quàm circa solennitatem testamenti sit, ut notat *Clar. d. §. testamentum. q. 8. n. 6.* vel quod non omnes solennitates juris civilis etiam in hoc testamento remissæ videantur, sed eæ tantùm, quæ testes eorumq; numerum respiciunt. *c. relatum. 11. extra de testam.* vel deniq; quod hoc ipsum, ut liberi heredes instituantur, non ad solam solennitatem testandi, sed etiam ad justitiam disponendi pertineat, ne liberi injuriâ afficiantur, & commodo successionis priventur contra *d. N. 115. c. 3. & c. 5. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. n. 281.* (4) Limitant regulam *d. N. 115 n. 3.* in testamento ejus, qui religionem sive monasterium ingredi vult, ut nec ipse titulo institutionis legitimam liberis relinquere necesse habeat. *Clar. d. q. 38. n. 6.* cum & hujus

testamenti dispositio juri communi non subjaceat, *Bart. in Auth. si qua mulier. post. n. 7 vers. ex hoc dico &c. C. de S.S. Eccles. & Dd. comm. teste Clar. q. 28, n. 2.* Verùm quid de hac exceptione sentiendum, facilè colligitur ex iis, quæ supra dicta sunt: maximè cum ratio subjecta difficultate non careat, & verius videntur ejusmodi testamenta à juris communis dispositione exempta non esse. Neque enim id quod de militibus armatæ militiæ ex singulari ratione contra regulam juris constitutum est, ad eos qui cœlesti militiæ accingendi sunt, sine textu facilè producendum est, *arg. l. quod contr. 14. ff. de legibus.* Nam quamvis aliàs argumentum à milite armatæ militiæ ad militem cœlestis militiæ non infrequens sit, ut patet ex iis, quæ habet *Everhard. in Topic. loco. 56.* tamen fallit, quando vel diversa est ratio, vel contrarium jure constitutum, *d. loco. 56. n. 17.* At hic diversam esse rationem vel ex eo patet, quod privilegia militũ circa testamentum, ut quocunq; modo rata sint, à simplicitate & imperitia ortum habeant, *l. 1. ff. de test. milit. pr. Inst. eod. t.* quæ in clerico præsumenda non est, ut notat *Everhard. d. n. 17.* Sed & contrarium constitutum videtur eo ipso, quod generaliter decisum, testamenta in quibus liberi præteriti, vel non ut oportet, exheredati sunt, ipso jure nullius momenti esse, *d N. 115. c. 3.* Plures limitationes & casus, quibus legitima etiam alio, quàm institutionis titulo relinqui potest, habet *Vasq. d. §. 20. n. 260. & seqq.* De quibus quid sentiendum, ex iis quæ proposita sunt, haud difficulter intelligitur. Notandum hic institutionis titulo relinqui legitimam, non tantùm si expresse hoc dictum, sed etiam si de voluntate testantis aliunde probabiliter constet. Unde si pater in testamento dicat, relinquo filio meo centum pro legitima, vel Falcidia, institutionis titulo relicta legitima censebitur, per ea quæ habet *Vasq. d. §. 20. n. 254. Clar. d. q. 18. n. 11.* Verbum enim relinquendi adjectum universitati bonorum, (ut hic legitimæ, quam portionem vel quotam hereditatis esse verius est, ut alibi ostendemus) institutionem denotat, *arg. l. Divus. 24. ff. de test. milit.* Idem dicendum volunt, si parens filiæ centum pro dote reliquerit, cum & dos jus universale sit, *l. quod dicitur. 5. pr. ff. de impens. in res dot. fact. l. 1. §. impensæ. 4. ff. de dote prælegat. Clar. d. q. 38. n. 12.* qui tamen monet, eam in puncto

cto juris sine difficultate non transire, in praxi tamen propter æquitatem & favorem testamentorum omninò servandam esse. Sic quoq; si parens filio titulo legati legitimam reliquerit, & clausulam codicillarem, vel ut valeret omni meliori modo, quo posset, testamento adjecerit, legitimam institutionis titulo relictam censeri communiter placuit, ut testatur *Vasq. d.* §. *20. n. 247. & n. 251.* quem omninò vide, ut & *Clar. d. q. 38.* Quæ autem de liberis hactenus dicta sunt, ea & in parentibus obtinent, ita ut ii quoq; hodie vel instituendi, vel ex justa causa exheredandi sint, aliàs testamentum nullius momenti habeatur per *d. N. 115. c. 4.* Idq; adeò verum est, ut & ipsis legitima institutionis titulo hodie relinquenda sit; tum ex natura correlatorum, quoniam de liberis constitutum, in parentibus quoq; obtinere debet: tum quod *Imp. Justin.* tam à parentibus quàm liberis injuriam præteritionis auferre voluerit per *d. N. 115. c. 5. Vasq. d.* §. *20. n. 282. Clar. d. q. 38. n. 8. & Dd. comm.* Unde fallitur *Bart. in d. Auth. Novissima ibiq; Jas. n. 37. C. de inoff. testam. & Coras. ad l. filium quem. 24. C. famil. ercisc. n. 82.* qui hodie æquè ac olim parentibus legitimam quovis titulo rectè relinqui existimant. Nam juri antiquo etiam hac in parte derogatum esse, facilè patet ex *d. c. 5. N. 115.* ubi parentes æquè ac liberos omnino vel in rebus certis instituendos esse constitutum est. Aliud dicendum in transversalibus sive fratribus, quibus institutionis titulo legitimam relinquere necesse non est: tum quod hoc nusquam jure cautum, sine lege autem loqui erubescimus. *N. 8. c. 5.* tum quod alia sit ratio fratrum, & alia liberorum ac parentum, *arg. l. 1. ff. de inoff. test. & l. fratres. 27. C. eod. t.* tum etiam quod *d. N. 115.* quæ honorabilem institutionis titulum in legitima induxit, ad querelam inoff. quam solùm fratres habent, non pertineat, ut jam supra attigimus. Nec obstat, quod fratrum aucta sit legitima. *Vasq. d.* §. *20. n. 213. & seq.* Nam magis est, ut hoc falsum videatur, ut infra ostendemus; etsi maximè verum esset, tamen ab argumento legitimæ ad titulum institutionis argumentum minus rectè ducitur, cum ante *d. N. 115.* aucta fuerit in liberis, & tamen legati vel alio singulari titulo legitimam relinquere ad excludendam inoff. querelam satis erat, *d. N. 18. c. 1.* Illud hic monen-

nendum, testamentum propter præteritionem vel ex heredatione liberorum aut parentum, tantùm quoad institutionem nullum esse, quoad legata verò & alia testamenti capitula adhuc valere per *d. c. 3. & c. 4. N. 115.* Nec movet quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit, *l. jus nostrum. 7. ff. de R. J.* Respondetur enim hoc respectu initii verum esse, quod nemo ab initio ita testari possit, ut pro parte testatus, pro parte intestatus decedat: ex post facto autem testamento per querelam inoff. pro parte rescisso, quem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere absurdum non est, *l. nam etsi. 15. in f. & l. circa. 24. ff. de inoff. testam.* Sic in nostro quoq; casu testator de omnibus suis bonis testatus est, sed ex post facto nullo pronunciato testamento, quoad legata, fideicomm. & alia testamenti capitula testatus, quoad institutionem verò intestatus decedit. *Donell. ad Auth. ex causa. C. de liber. prater.* Quemadmodum & jure digestorum testamento per possessionem contra tabb. rescisso, legata quibusdam personis, puta parentibus & liberis Prætorem conservare constat *ex l. 1. & tot. t. ff. de legat. prastand.* Unde facilè patet legata vel fideicommissa, licet rescisso pro parte testamento, nihilominus actione ex testamento rectè peti per *textum in d. c. 3. & c. 4. in f.* Adde *Donell. 6. comm. 13. Fach. 4. contr. 10. & 10. contr. 70. Bronch. cent. 3. ass. 29. Arum. Ex. 10. th. 2.*

## Voluntaria est aliorum quorumvis non prohibitorum, sive liberi sint, sive Servi, sive noti, sive ignoti, sive unus, sive plures.

Omnis institutio, si testamenti formam & substantiam spectes, necessaria est; quippe sine ea nullum testamentum esse, vel subsistere potest, *§. ante. 34. Inst. de legat. l. non codicillum. 14. C. de testam.* Si verò personæ considerentur, quædam necessaria est, ut liberorum & parentum. *d. N. 115. c. 3. & 4.* quædam voluntaria, ut quorumvis aliorum, *pr. Inst. de hered. instit.* Ubi attendenda personarum instituendarum qualitas & quantitas. Qualitas est, ut non

fint

sint prohibitæ, sive ut testamenti factionem passivam habeant, *§. in extraneis. 4. Inst. de hered. qualitat. & differ. l. si alienum. 49. §. 1. ff. de hered. instit.* Excluduntur autem à testamenti factione quidam in totum, quidam certis ex causis, quidam quod solidum ex quorundam testamentis capere non possunt. In totum prohibentur peregrini, *l. 6. §. 2. ff. d. t. l. 1. C. eod.* deportati & in opus publicum damnati, *d. l. 1. l. 2. §. 1. l. sunt quidam. 17. §. 1. ff. de pœn.* Quibus annumerandi nostris moribus damnati ad remos & banniti ab Imperatore vel Cam. Imper. *Geil. 2. de pac. publ. c. 1. & c. 12.* Hæretici, *l. 4. l. 5. C. de heretic &* Apostatæ, *l. 1. & l. 3. C. de apostat. Harpr. ad pr. Inst. de hered. instit. n. 14. & 15.* Sed quid si ejusmodi incapaces, cum quibus non est testamenti factio, heredes scripti fuerint, pertinebitq; hereditas ad fiscum, vel ad coheredes, aut venientes ab intestato? Et pro fisco militat (1) quod deportatus & similes incapaces pro indignis habendi sint, *arg. l. cum quidam. 12. ff. de his, quæ ut indign. aufer.* quibus fiscum hereditatem auferre constat, *l. 2. ff. d. t.* Deinde *l. si deportati. 7. ff de legat. 3.* ubi fideicommissum deportati servo adscriptum ad fiscum pertinet. Contra verò pro coheredibus vel venientibus ab intestato, facit (1) quod alia ratio sit incapacium, alia indignorum; illi pro non scriptis sunt, ideoq; hereditas ad proximos pertinet, *l. 1. & tot. t. ff. de his quæ pro non scriptis habentur,* hi verò ipso jure heredes sunt, sed iis ex causa, tanquam indignis aufertur hereditas, & fisco applicatur, *l. & tot. t. ff. de his quæ ut indign. aufer.* peregrinus autem, deportatus & similes incapaces sunt, nõ indigni, *arg. pen. l. ff. de his quæ pro non script. l. un. §. 3. C. de caduc. toll, juncta. l. 1. §. 8. ff. de bon. poss. contra tabb.* (2) textus expressus *in l. 1. C. de hered. instit.* (3) *reg. l. non puto. 10. ff. de jure fisc.* quæ habet, in dubio contra fiscum pronunciandum esse. Nec obstat (1) *d. l. 12. ff. de his. quæ ut indign.* quoniam ibi non simpliciter incapaces instituti sunt, sed ii, quos testator instituere non poterat, quamvis aliàs institui non prohiberentur: V. gr. si quis mulierem quá adulterio vel stupro cognoverat, heredem instituerit, meritò hereditas fisco vindicatur, *l. 13. & l. 14. ff. d. t. de his quæ ut indign. Don. 6. comm. 17.* Sic quoq; *l. 1. pr. ff. de jur. fisc.* non de incapaci loquitur, sed de tacito fideicommisso, quod tanquam in fraudem

difficulter colligitur, hodiè discrimen nullum faciendum esse, (1) inter præteritionem paternam & maternam, nec (2) inter præteritionem & exheredationem: quemadmodum nec (3) inter liberos, utrum sui an emancipati, nati, an posthumi fuerint: sed omnibus iis vel præteritis, vel non, ut oportet, exheredatis, testamentum ipso jure nullius momenti fore per *d. N. 115. c. 3.* Nam quãvis olim posthumos etiã alieno odio gravatos salvo testamento exheredari potuisse expeditum sit, *arg. l. si quis. 33. §. 1. C. de inoff. test. Duar. ad t. ff. de inoff. test. c. 6. Connan. 9. Comm. 10. n. 5. Arum. Exerc. 10. th. 6. & alii allegati à Treutl. vol. 1. D. 13. th. 2. lit. A.* tamen hodie postquam exheredatio non aliter quàm adjecta ingratitudinis causa fieri potest *d. N. 115. c. 3.* eos exheredari non posse verius videtur; cum nec ulla ingratitudinis causa in eos cadere possit, *d. l. 33. in f. C. de inoff. test. Cujac. ad l. 4. ff. de liber. & posth. Eguin. Baro ad § tam a. 2. vers. posthumi &c. Inst. de inoff. test. ibiq. Schneid. n. 2. & Dd. comm. teste Jul. Clar. d. §. testamentum. q. 41. n. ult.* Non obstat *l. multi. 18. ff. de liber. & posthum l. si quis patronus. 12. §. si quis 2. ff. de bon. libert.* Responderi enim potest, vel ibi specialem casum esse, quo liberi non notæ causa, sed bona mente & consilio exheredati sunt, ut ex ipsis textibus satis apparet. Cujusmodi exheredationes cum in favorem liberorum fiant, *l. 3. §. 3. ff. de usur. per d. N. 115.* utpote quæ ipsa quoq; favorem liberorum concernit, ut injuria præteritionis & exheredationis ab ipsis auferatur, sublata non videtur. *Lockam. Q. Justin. 223.* Vel potius dicendum, etiam hanc exheredationem novissimo jure sublatam esse per *d. N. 115. c. 3.* quæ omnem exheredationem sine causa factam tollit: fortè propterea ne admissa hac exheredandi licentia, parentes ansam etiam mala mente liberos exheredandi arriperent, contra intentionem *Imp. in d. N. 115. c. 5.* Ex eadem hac N. & istis principiis positis & illa deciditur quæstio, An si pater testamentum quidem fecit, in eoq; filium exheredavit, sed causam ingratitudinis nullam adjecit, heres eam probare volens admittendus sit? Negativa enim satis apertè probatur per *d. N. 115. c. 3. in f.* ubi requiritur, ut causa ingratitudinis testamento inseratur, & ita demum ab herede probetur: unde si testator eam tacuit, omninò remissa præsumitur, *arg. d. l. 30. vers.*

*si*

*si nullam. C. de inoff. test. & l. fin. C. de revocand. donat.* Non obstat *l. 3. §. fin. ff. de adimen. vel transfer. legat.* Ubi propter supervenientes inimicitias gravissimas, legata & fideicom. tacitâ voluntate testamentis ademta censentur. Nam alia ratio legatorum est, alia hereditatis: legata & fideicomm. etiam sine causa nudâ voluntate adimi possunt, *arg. l. 4. ff. d. t. l. cum hic. 32. §. pœnitentiam. ff. de donat. int. vir. & uxor.* hereditas verò sine ingratitudinis causa testamento expressè inserta liberis à parentibus auferri nequit. *d. N. 115. c. 3.* Utpote quæ tàm naturali quàm civili jure ipsis debetur, *l. 7. pr. ff. de bon. damnat. Fachin. post. alios à se allegatos. lib. 6. controvers.* Econtra verò si parens filium in potestate existentem præterierit, legitima causa inserta, eaq; ab herede probata, testamentum valere & firmitatem suam obtinere dicendum est. Nam quamvis *Fulgos. in Auth. ex causa. C. de liber. præter.* hanc quæstionem Imperatoria decisione indigere existimet: tamen ea per textum *d. N. 115. c. 3.* satis decisa videtur, dum Imperator non tantùm statuit, non licere patri filios præterire, nisi ingrati probentur, & causæ ingratitudinis nominatim testamento inserantur: quo proculdubio simul innuere voluit, si causæ justæ testamento insertæ, & ab herede scripto probatæ fuerint, testamentum tanquam secundum leges factum consistere: sed etiam expressè sancit, quod si causæ ingratitudinis testamento insertæ & probatæ fuerint, illud firmitatem suam obtinere debeat. *d. c. 3. §. ult. vers. sive igitur omnes &c.* Nec movet, quod vocabulum præteritionis non pauci ex nostris ad maternam, aliamq; quæ pro exheredatione est, restringere conentur Horum enim opinionem jam supra rejecimus, eaq; satis *ex ipso Nov. textu* refellitur, ubi clarè statutum est, non licere penitus neq; matri, neque avo, neque aviæ, proavo vel proaviæ liberos suos præterire, vel ex heredes facere, nisi liberi ingrati probentur, & causæ ingratitudinis testamento nominatim inserantur. Quibus verbis præteritio paterna & materna, ut & exheredatio & præteritio conjungitur, & idem jus de iis statuitur. Sed nec illud infert impedimentum, quod Imperator in *d. c. 3. sub fin.* exheredationis tantùm mentionem facit, ibi: *nullum exheredatis liberis præjudicium, &c.* quoniam hodiè præteritionis & exheredationis eadem ratio, ut patet *ex d. c. 3. pr.* & conseq. ad em ju-

ris dispositio, *arg. l. illud. 32. ff. ad l. Aquil.* vel quoniam aliàs quoq; exheredationis appellatione & præteritio contineri solet, *arg. l. si patronus. 12. pr. ibi: silentio exheredaverit &c. ff. de bon. libert.* Adde *Fachin. d. lib. 6. contr. 77.* Illud hic quoq; notandum, satis esse, si liberi vel in re minima instituti fuerint: *d. N. 115. c. 5.* Valebit enim testamentum, & actioni ad supplementum legitimæ locus erit. *§. sed hac ita. 3. Inst. de inoff. test. d. l. 30. C. eod. tit.* Sed instituendi tamen omninò sunt, ne aliàs si absq; causa justa præteriti vel exheredati reperiantur, testamentum ipso jure nullius momenti sit, secundum *d. N. 115. c. 3.* Quamvis enim non tantum jure *ff. & codic. l. Papinianus. 8. §. si quis. 6. ff. & l. 30. C. de inoff. test.* Sed etiam Novellarum ad validitatem testamenti satis esset, si vel legitima, vel etiam minus quocunq; titulo liberis relinqueretur, *N. 18. n. 1.* tamen hoc correctum videtur per *d. N. 115. c. 3.* ubi expressè constituitur, ut testamentum in quo liberi præteriti vel non, ut oportet, exheredati sunt, omninò non valeat, ne quidem si per quamcunq; donationem, vel legatum, vel fideicomm. vel alium quemcunque modum legitima relictà sit. Et ratio est tum quod titulus institutionis honorabilior, & injuriosum sit, liberos à parentibus præteriri, *d. N. c. 115. c. 5.* tum quod propter jus accrescendi etiam utilior & fortior, *l. un. l. quand. non petent. part. petent. adcresc. Sich. ad d. l. 6. n. 2. & Auth. novissima. n. 21. C. de inoff. testam. Donell. 6. comm. 12. & 19. comm. 4. ibiq; Hillig. lit. R. D. Dd. comm. teste Fachin. 4. contr. 24. & Jul. Clar. d. §. testamentum. q. 8. n. 7. & q. 28. n. 1.* Ab hac autem communi Dd. opinione recedunt *Eguin. Bar. ad d. §. sed hac. 3. Inst. de inoff. test. Vaudus. 1. q. 5. Walth. 1. misc. 9. Arum. Ex. 10. th. 18.* qui etiam hodie quovis titulo legitimam rectè relinqui existimant, modò invidiosa exheredatio non præcesserit. Verùm hoc facilè refellitur ex *d. N. 115. c. 3. pr.* ubi satis apertè constitutum, liberos neq; præteriri neq; exheredari sine causa debere, sed omnino institui, adeo ut si id factum non fuerit, testamentum nullam vim obtineat. Nec quicquam ad rem facit distinctio *Treutl.* ut quoad effectum querelæ excludendæ omninò requiratur institutionis titulus; aliàs verò quando causa ingratitudinis nominatim testamento inseritur & ab herede probatur, quovis titulo legitimam reli-
ctam

etiam esse sufficiat, *vol. 1. D. 13. th. 12. lit. A.* Nam posteriori casu validum est testamentum, etiamsi nec obulus ullo titulo liberis relictus sit, ut patet ex *d. c. 3.* & iis quæ supra à nobis dicta sunt, unde & illud repetendum, quod *d. N. 115.* ad querelam inoff. planè non pertineat, ad quam excludendam fortassis & hodie satis erit, quocunq; titulo liberis quid relictum esse, *arg. d. §. 3. Inst. de inoff. test. & d. l. 30. C. eod. t.* Quo inclinat etiam *Wesemb. ad d. §. 3. n. 5.* Quod autem supra dictum *jureff. & C.* quovis titulo legitimam rectè relinqui distinctionem recipit. Nam in filio in potestate constituto, institutio aut exheredatio omninò necessaria est, ne aliàs ipso præterito testamentum ipso jure corruat: in reliquis liberis nuda & simplex exheredatio, vel etiam præteritio, ut in matre & in linea materna adscendentibus, ad testamenti validitatem sufficiat, *d. pr. & tot. t. Inst. exhered. liber.* Relictum autem aliquid esse eò tantùm pertinet, ut parentes securè testentur, nec eorum elogia per querelam inoff. rescindi possint, *d. l. 8. §. 6 l. si non. 25. ff. d. t. de inoff. testam.* Adde *Jul. Clar. d q. 38. n. 2. & Wesemb. d. n. 5.* Et hæc quæ de institutionis titulo hodie omninò necessario diximus, in testamento solenni communiter recepta sunt, ita ut etiam *Jure Canon.* quo expresè contrarium constitutum non est, procedere velint, *Gloss. in c. Raynutius. 10. verbo: relinquens extra de testam. & Dd. comm. teste Jas. in d. Auth. Novissima. n. 31. C. de inoff. testam. Jul. Clar. d. q. 38. n. 3.* Aliud dicendum videtur in testamentis imperfectis & minus solennibus: ut (1) in testamento militis, in quo cum omnes solennitates Juris Civilis remissæ sint, ita ut quocunq; modo confectum ratum habendum sit. *pr. Inst. de testam. milit. l. 1. & tot. t. ff. & C. eod. t.* fortassis satis erit, si quocunq; titulo liberis legitima vel res aliqua relicta fuerit: quippe *d. N. 115. c. 3.* ad testamenta militum pertinere non videtur, cum specialia privilegia generali correctioni non subjaceant, adeoq; & hodiè adhuc præteritio pro exheredatione sit, hactenus ut testamentum ipso jure valeat, & actioni ad supplementum locus esse possit, *arg. d. §. sed hæc ita. 3. Inst. de inoff. test. & d. l. 3. C. eod. t. Vult. ad pr. Inst. d. t. n. 7. Fachin. 6. controvers. 74. Arum. Exerc. 10. th. 13.* Qua de re infra c. seq. pluribus agendum erit. (2) in testamento patris inter liberos,

quod ipsum, etiamsi liberi omnes instituti non sint, sed alio titulo ipsis quid relictum fuerit, valere existimat *Az. in sum. C. d. t. de inoff. n. pen. Jas. in Auth. novissima. n. 16. C. eod. t.* qui & in facti contingentia se ita consulturum & judicaturum expresse scribit. Rationes ejus sunt (1) quia in testamento patris inter liberos, cessant solennitates Juris Civilis, & solum jus gentium attenditur, *Bart. in l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 3, ad fin. C. de testam. & Dd. comm.* (2) quoniam in testamento patris inter liberos semper subintelligitur clausula codicillaris, & ut valeat actus omni meliori modo, quo valere potest, *Gloss. in l. coheredi. 41. §. cùm filia, verbo non valuit. ff. de vulg. & pupill. substit. Clar. d. §. testamentum. q. 8. n. 8. Hieron. Panschm. lib. 2. quaest. jur. contr. q. 9. n. 5.* in codicillis autem institutio necessaria non est, imò ne fieri quidem directè potest, *§. pen. Inst. de codicill.* (3) textus in *c. Raynutius. 16. extra de testam.* ubi valet testamentum patris inter liberos, quamvis filiae Alterochae aliquid legati, non institutionis titulo relictum sit, *Iason. in d. Auth. n. 21.* ubi hanc sententiam veram sicut Evangelium esse existimat. Verùm contraria opinio communiter tàm in Scholis, quàm foro recepta est, tàm à legistis, quàm canonistis, ut fatetur *Jas. d. loco. n. 16.* Pro qua communi opinione non tantùm allegatur regula, *d. N. 115. n. 3.* à qua cùm nusquàm exceptum reperiatur testamẽtum parentis inter liberos, meritò sub dispositione ejus relinquitur; sed etiam quod hoc ipsum privilegium testamenti patris inter liberos, ut sine solennitatibus valeat, favore liberorum introductũ sit, adeoq; in odium eorundem retorqueri non debeat, *arg. l. quod favore. 6. C. de legib. Jul. Clar. d. q. 8. n. 7.* Quod fieret, si liberis alio quam institutionis titulo legitimam relinquere sufficeret, *arg. eorũ quae supra dicta sunt.* Ad rationes ex *Jas.* supra in contrarium adductas responderi potest ad (1) negando consequentiam, quoniam & jure gentium (quod solum in hoc testamento attendi volunt) favor liberorum attendendus est, utpote quibus parentum hereditas tanquam jure naturali debita defertur successio, *l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat. l. nam etsi. 15. pr. ff. de inoff. test.* Quò inclinat etiam *Justin. in d. N. 115. c. 3. & 4.* cujus nulla alia fuit intentio, quàm injuriam praeteritionis & exheredationis à liberis & parentibus auferre.

ferre, *d. N.115.c.5.* Ad (2) dicendum est, non usq; quaq; expeditam esse istam Dd. theoricam, quod clausula codicillaris in testamento parentum inte | liberos perpetuò intelligenda sit, ut patet ex iis, quæ supra in parte generali à nobis dicta sunt. Deinde non procedere eam, nisi quoad liberos, & in favorem liberorum, ut docet post *Gloss. in d. l. 41. de Vulg. & pupill. substit. Pantschm. d. q. 9. n. 6.* at hoc casu si subintelligenda foret, non in favorem, sed potius odium liberorum redundaret, ut jam supra attigimus. Ad (3) responsio peti potest ex *Gloss. ad d. c. Raynutius. in verbo : relinquens. extra de testam.* videlicet ibi filiam Alterocham etiam heredem institutam fuisse, ut ex textu ipso paulò attentius considerato haud obscurè colligitur. Adde *Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. n. 229. & 230.* A communi igitur hac opinione in consulendo & judicando recedendum non est, ut rectè monet *Clar. d. q. 8.* frustrà reclamante *Jasone d. n. 22.* (3) Excipiunt testamentum ad pias causas, quasi & in isto filio institutionis titulo quid relinqui necessarium non sit, post *Bart. Bald. & alios relatos Jas. ad d. Auth. n. 20.* Ratio est, quoniam, ut filiis institutionis titulo aliquid relinquatur, mera juris civilis solennitas est, quæ in testamentis ad pias causas non attenditur. *Clar. d. §. testamentum. q. 6. n. 1. & n. 8.* Sed & hæc opinio generalitate textus in *d. N. 115. c. 3.* satis refellitur, nec usquam testamentum ad pias causas factum à dispositione ejus exceptum est. Non obstat, quod de solennitatibus juris civilis remissis affertur: vel quod defectus institutionis potius circa substantiam, quàm circa solennitatem testamenti sit, ut notat *Clar. d. §. testamentum. q. 8. n. 6.* vel quod non omnes solennitates juris civilis etiam in hoc testamento remissæ videantur, sed eæ tantùm, quæ testes eorumq; numerum respiciunt. *c. relatum. 11. extra de testam.* vel deniq; quod hoc ipsum, ut liberi heredes instituantur, non ad solam solennitatem testandi, sed etiam ad justitiam disponendi pertineat, ne liberi injuriâ afficiantur, & commodo successionis priventur contra *d. N. 115. c. 3. & c. 5. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. n. 281.* (4) Limitant regulam *d. N. 115 n. 3.* in testamento ejus, qui religionem sive monasterium ingredi vult, ut nec ipse titulo institutionis legitimam liberis relinquere necesse habeat. *Clar. d. q. 38. n. 6.* cum & hujus

testamenti dispositio juri communi non subjaceat, *Bart. in Auth. si qua mulier. post. n. 7 vers. ex hoc dico &c. C. de S. S. Eccles. & Dd. comm. teste Clar. q. 28. n. 2.* Verùm quid de hac exceptione sentiendum, facilè colligitur ex iis, quæ supra dicta sunt: maximè cum ratio subjecta difficultate non careat, & verius videntur ejusmodi testamenta à juris communis dispositione exemta non esse. Neque enim id quod de militibus armatæ militiæ ex singulari ratione contra regulam juris constitutum est, ad eos qui cœlesti militiæ accingendi sunt, sine textu facilè producendum est, *arg. l. quod contr. 14. ff. de legibus.* Nam quamvis aliàs argumentum à milite armatæ militiæ ad militem cœlestis militiæ non infrequens sit, ut patet ex iis, quæ habet *Everhard. in Topic. loco. 56.* tamen fallit, quando vel diversa est ratio, vel contrarium jure constitutum, *d. loco. 56. n. 17.* At hic diversam esse rationem vel ex eo patet, quod privilegia militũ circa testamentum, ut quocunq; modo rata sint, à simplicitate & imperitia ortum habeant, *l. 1. ff. de test. milit. pr. Inst. eod. t.* quæ in clerico præsumenda non est, ut notat *Everhard. d. n. 17.* Sed & contrarium constitutum videtur eo ipso, quod generaliter decisum, testamenta in quibus liberi præteriti, vel non ut oportet, exheredati sunt, ipso jure nullius momenti esse, *d N. 115. c. 3.* Plures limitationes & casus, quibus legitima etiam alio, quàm institutionis titulo relinqui potest, habet *Vasq. d. §. 20. n. 260. & seqq.* De quibus quid sentiendum, ex iis quæ proposita sunt, haud difficulter intelligitur. Notandum hic institutionis titulo relinqui legitimam, non tantùm si expressè hoc dictum, sed etiam si de voluntate testantis aliunde probabiliter constet. Unde si pater in testamento dicat, relinquo filio meo centum pro legitima, vel Falcidia, institutionis titulo relicta legitima censebitur, per ea quæ habet *Vasq. d. §. 20. n. 254. Clar. d. q. 18. n. 11.* Verbum enim relinquendi adjectum universitati bonorum, (ut hic legitimæ, quam portionem vel quotam hereditatis esse verius est, ut alibi ostendemus) institutionem denotat, *arg. l. Divus. 24. ff. de test. milit.* Idem dicendum volunt, si parens filiæ centum pro dote reliquerit, cum & dos jus universale sit, *l. quod dicitur. 5. pr. ff. de impens. in res dot. fact. l. 1. §. impensæ. 4. ff. de dote prælegat. Clar. d. q. 38. n. 12.* qui tamen monet, eam in pun-

cto juris sine difficultate non transire, in praxi tamen propter æquitatem & favorem testamentorum omninò servandam esse. Sic quoq; si parens filio titulo legati legitimam reliquerit, & clausulam codicillarem, vel ut valeret omni meliori modo, quo posset, testamento adjecerit, legitimam institutionis titulo relictam censeri communiter placuit, ut testatur *Vasq. d.* §. *20. n. 247. & n. 251.* quem omninò vide, ut & *Clar. d. q. 38.* Quæ autem de liberis hactenus dicta sunt, ea & in parentibus obtinent, ita ut ii quoq; hodie vel instituendi, vel ex justa causa exheredandi sint, aliàs testamentum nullius momenti habeatur per *d. N. 115. c. 4.* Idq; adeò verum est, ut & ipsis legitima institutionis titulo hodie relinquenda sit; tum ex natura correlatorum, quoniam de liberis constitutum, in parentibus quoq; obtinere debet: tum quod *Imp. Justin.* tam à parentibus quàm liberis injuriam præteritionis auferre voluerit per *d. N. 115. c. 5. Vasq. d.* §. *20. n. 282. Clar. d. q. 38. n. 8. & Dd. comm.* Unde fallitur *Bart. in d. Auth. Novissima ibiq; Jas. n. 37. C. de inoff. testam. & Coras. ad l. filium quem. 24. C. famil. ercisc. n. 82.* qui hodie æquè ac olim parentibus legitimam quovis titulo rectè relinqui existimant. Nam juri antiquo etiam hac in parte derogatum esse, facilè patet ex *d. c. 5. N. 115.* ubi parentes æquè ac liberos omnino vel in rebus certis instituendos esse constitutum est. Aliud dicendum in transversalibus sive fratribus, quibus institutionis titulo legitimam relinquere necesse non est: tum quod hoc nusquam jure cautum, sine lege autem loqui erubescimus. *N. 8. c. 5.* tum quod alia sit ratio fratrum, & alia liberorum ac parentum, *arg. l. 1. ff. de inoff. test. & l. fratres. 27. C. eod. t.* tum etiam quod *d. N. 115.* quæ honorabilem institutionis titulum in legitima induxit, ad querelam inoff. quam solùm fratres habent, non pertineat, ut jam supra attigimus. Nec obstat, quod fratrum aucta sit legitima. *Vasq. d.* §. *20. n. 213. & seq.* Nam magis est, ut hoc falsum videatur, ut infra ostendemus; etsi maximè verum esset, tamen ab argumento legitimæ ad titulum institutionis argumentum minus rectè ducitur, cum ante *d. N. 115.* aucta fuerit in liberis, & tamen legati vel alio singulari titulo legitimam relinquere ad excludendam inoff. querelam satis erat, *d. N. 18. c. 1.* Illud hic mo-

sint prohibitæ, sive ut testamenti factionem passivam habeant, *§. in extraneis. 4. Inst. de hered. qualitat. & differ. l. si alienum. 49. §. 1. ff. de hered. instit.* Excluduntur autem à testamenti factione quidam in totum, quidam certis ex causis, quidam quod solidum ex quorundam testamentis capere non possunt. In totum prohibentur peregrini, *l. 6. §. 2. ff. d. t. l. 1. C. eod.* deportati & in opus publicum damnati, *d. l. 1. l. 2. §. 1. l. sunt quidam. 17. §. 1. ff. de pœn.* Quibus annumerandi nostris moribus damnati ad remos & banniti ab Imperatore vel Cam. Imper. *Geil. 2. de pac. publ. c. 1. & c. 12.* Hæretici, *l. 4. l. 5. C. de heretic* & Apostatæ, *l. 1. & l. 3. C. de apostat. Harpr. ad pr. Inst. de hered. instit. n. 14. & 15.* Sed quid si ejusmodi incapaces, cum quibus non est testamenti factio, heredes scripti fuerint, pertinebitq; hereditas ad fiscum, vel ad coheredes, aut venientes ab intestato? Et pro fisco militat (1) quod deportatus & similes incapaces pro indignis habendi sint, *arg. l. cum quidam. 12. ff. de his, quæ ut indign. aufer.* quibus fiscum hereditatem auferre constat, *l. 2. ff. d. t.* Deinde *l. si deportati. 7. ff. de legat. 3.* ubi fideicommissum deportati servo adscriptum ad fiscum pertinet. Contra verò pro coheredibus vel venientibus ab intestato, facit (1) quod alia ratio sit incapacium, alia indignorum; illi pro non scriptis sunt, ideoq; hereditas ad proximos pertinet, *l. 1. & tot. t. ff. de his quæ pro non scriptis habentur,* hi verò ipso jure heredes sunt, sed iis ex causa, tanquam indignis aufertur hereditas, & fisco applicatur, *l. & tot. t. ff. de his quæ ut indign. aufer.* peregrinus autem, deportatus & similes incapaces sunt, nō indigni, *arg. pen. l. ff. de his quæ pro non script. l. un. §. 3. C. de caduc. toll. juncta. l. 1. §. 8. ff. de bon. poss. contra tabb.* (2) textus expressus *in l. 1. C. de heredib. instit.* (3) *reg. l. non puto. 10. ff. de jure fisc.* quæ habet, in dubio contra fiscum pronunciandum esse. Nec obstat (1) *d. l. 12. ff. de his. quæ ut indign.* quoniam ibi non simpliciter incapaces instituti sunt, sed ii, quos testator instituere non poterat, quamvis aliàs institui non prohiberentur: V. gr. si quis mulierem quā adulterio vel stupro cognoverat, heredem instituerit, meritò hereditas fisco vindicatur, *l. 13. & l. 14. ff. d. t. de his quæ ut indign. Don. 6. comm. 17.* Sic quoq; *l. 1. pr. ff. de jur. fisc.* non de incapaci loquitur, sed de tacito fideicommisso, quod tanquam in fraudem

dem relictum, ad fiscum jure pertinet. *Cujac. 7. obs. 31. circa fin.* Deinde in allegata *l. 7. pr. ff. de legat. 3.* propterea legatum servo deportati relictum fisco defertur, quoniam fiscus effectu verus servi istius dominus est, cum omnia quæ deportatus post publicationem bonorum adquisivit, adeoq; servus & per eum quæsita ad fiscum pertineant, *l. 2. C. de bonis proscript. Don. d. c. 17. Borch. ad pr. Inst. de heredib. instit.* Secundo loco prohibentur quidam ex certis tantùm causis : puta qui incestis nuptiis se polluerunt : hi enim neq; sibi invicem, neq; liberis inde editis quicquam relinquere possunt, *l. 6. de C. incest. nupt.* Item Princeps litis causa *§. fin. Inst. quib. mod. testam. infirmantur.* Quamvis enim Princeps solutus legibus sit, *l. Princeps. 31. ff. de legib.* tamen legibus vivit, *d. §. ult.* nec calumniæ facultatem ex principali majestate capi oportet, *l. pen. ff. de hered. instit.* Adde *Bach. ad d. §. ult. Inst. quib. mod. testamenta infirm.* Idem dicendum de servo, qui manumitti nequit, forte quod dominus ejus solvendo non sit, *pr. Inst. quib. manumitt. non lic.* ut & eo qui adulterio cum dominâ maculatus est, quem ipsum etiam à domina heredem institui non posse patet *ex pr. Inst. de heredib. instit.* Sed quid *d. l. his verbis. 48. §. 2. ff. de hered. instit.* ubi servum adulterii accusatum, à muliere ista ante sententiam, neq; jure manumitti, nec heredem institui posse cautum est: cum tamen duos adulterii reos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Julia vetet, *l. reos. 8. C. ad l. Jul. de adult?* An cum nonnullis, *textum d. l. 48. §. 2. de heredib. instit.* corrigemus, & pro accusatum, legemus, maculatum, secundum *d. pr. Inst. d. t.* An verò cum hoc nimis violentum sit, intelligimus mulierē ita postulatam, ut peracta quoq; sit? An quoniam & hoc divinatorium est, postulatam mulierem abusivè pro criminì obnoxiam accipiemus? Quod textibus magis convenire videtur per ea; quæ habet *Bach. ad d. pr. de heredib. instit.* Adde *Hotom. ad d. princip. & Schneid. n. 9.* Deniq; prohibentur quidam, propterea, quod solidum ex quorundam testamentis capere non possunt: quales sunt liberi naturales, qui liberis legitimis, vel parentibus extantibus, non nisi certa in parte institui possunt. *N. 89. c. 12. Don. 6. comm. 17.* Hic quæritur, An avus nepotem ex spurio heredem instituere possit? Et pro negativa facit (1) quod eadem

sit

sit ratio prohibitionis in nepote, quæ est in filio, nempe ut facilius paterna libido refrenetur, *arg. l. ult.* *C. de nat. liber.* (2) quod hac ratione ususfr. ipsi filio spurio acquireretur, *l. cum oportet.* 6. *C. de bon. quæ liber. contra. l. 1. C. de natural. liber.* quâ cautum, quod pater, nec rectâ, nec per intermediam personam filio spurio quicquā relinquere possit. (3) quod absurdum videatur, nepotem melioris esse condicionis, quàm filium, *arg. l. 3. C. de bon. matern. Bald. in l. Gallus. 29. §. quidam rectè. ff. de lib. & posthum. & alii, quos refert Ant. Gabriel. 4. comm. conclus. t. de hered. instit. Cornel. 3. n. 10. vers. contrarium.* Sed pro affirmativâ militat (1) quod vitium & calamitas patris non debet nocere filiis in iis, quæ aliunde quàm ab ipso proficiscuntur, *l. 3. ff. de interdict. & relegat. l. 1. §. ult. l. 3. §. si emancipatus. 5. ff. de bon. possess. contra tabb.* (2) quia leges, quæ liberis illegitimis aliquid relinquere prohibent, odiosæ, adeoq; ad nepotes non extendendæ, *arg. c. odia. 15. de R. I. in 6.* (3) per textum *in l. ult. C. de nat. liber. ibi: liceat iis, quantum voluerint sua substantiæ in eos conferre* &c. Qui textus quamvis de naturalibus tantum liberis loquatur, tamen ad spurios non malè extenditur à *Gloss. in d. l. fin. verb. aperimus. &c.* cum nulla lege prohibitum sit, nepotem ex spurio heredem instituere. *Jul. Clar. d. §. testamentum. q. 32. n. 2. Geil. 2. obs. 115. n. 5. & Dd. comm.* Verùm hæc ita demum vera sunt, si constet avum nepotem non contemplatione filii heredem instituisse, puta si filius jam præmortuus sit, aut avus expresse caverit, ne quicquam ex hac institutione ad filium spurium perveniat, *arg. N. 117. c. 1.* Idem est, si dubium sit, quā contēplatione avus nepotem instituerit, quo casu etiam valere institutionem *Dd. comm.* tenent. teste *Jas. in l. Gallus. 29. §. quod si. 15. n. 21. ff. de liber. & posthum.* cum in dubio semper testamento favendum sit, & capienda ea præsumtio, quæ delictum excludat. *Clar. d. q. 32. n. 2.* Quòd si verò constet avum nepotem intuitu filii, ut ipsi hereditas vel ususfr. acquireretur, instituisse, non valere institutionem certum est, *l. 1. C. de nat. liber.* Deinde limitanda est d. affirmativa opinio, ut non aliter procedat, quàm si avus nullos legitimos liberos reliquerit: his enim existentibus, institutio nepotis nulla erit, *d. l. ult. C. de nat. liber. Bart. in d. l. Gallus. §. quod si 15. ff. de liber.*

*& posthum. Clar. d. q. 32. & Geil. d. obs. 115. n. 5.* Nec obstant ea, quæ in contrarium allata sunt: quoniam in primo fundamento neganda consequentia est, cum non eandem vigere rationem in nepotibus, quæ in filiis est, satis probet *d. l. ult. C. de nat. liber. Paleott. tr. de not. spuriisq; c. 53. Fachin. 5. contr. 97.* Ad secundum responsio patet ex iis, quæ ad declarationem sententiæ affirmativæ dicta sunt, videlicet non aliter nepotem spurii ab avo rectè institui, quàm si ex ea institutione nihil ad filium perventurum sit, *arg. d. N. 117. c. 1.* Quod in dubio etiam, quando de intentione & voluntate avi non constat, affirmandum est, cum avus id non possit, nemo autem præsumatur voluisse id, quod legibus repugnat, & nullam reddit dispositionem suam, *arg. l. 3. ff. de milit. test.* Ad tertium deniq; respondetur absurdum non esse, ut interdum propter diversam rationem & quod filius incapax sit, nepos non sit, melior hujus, quàm illius sit condicio, adeoq; hic heres institui possit, ille non possit, *Fach. d. loco.* Præterea limitatur d. sententia affirmativa, ut fallat in nepote ex filio incestuoso, quem ab avo heredem institui non posse verius est, per textum *in l. 6. C. de incest. & inutil. nupt. Geil. d. obs. 115. n. 9. Fach. d. lib. 5. controv. c. 98.* Majus enim odium est incestus, quàm fornicationis aut stupri, ita ut parentes nec liberè de rebus suis disponere, nec quicquam liberis, ne alimenta quidem relinquere possint. *N. 89. c. ult.* idq; non tam ut liberi, qui nihil admiserunt, quàm ut ipsimet parentes puniantur, sive *ut Imp. loquitur, sit etiam hoc supplicium parentum, ut agnoscant, quod neq; quicquam peccatricis concupiscentiæ eorum habituri sint filii. N. 74. c. ult.* Illud non refert circa qualitatem heredum instituendorum, utrum liberi sint an Servi, quoniam & servos posse institui patet ex *pr. Inst. de heredib. instit. l. non minus. 31. pr. ff. eod. t.* Non quidem qua servi; ita enim nulla iis est Juris Civilis communio, *l. quod attinet. 32. ff. de R. J.* Sed quatenus libertatem sperant, ut servi proprii, quibus libertas vel expressè: puta Titius Servus meus liber & heres esto: vel tacitè data est, puta Servus meus heres esto; cum eo ipso testator, dum heredem instituit, & libertatem ei dedisse intelligendus sit, *d. pr. de heredib. instit.* Quod posterius à Justin. introductum est, *in l. pen. C. de necess. serv. heredib. instit.* Nam olim ejusmodi

modi institutionem non valuisse constat ex *Ulp. in fragm. t. 23. §. 10.* quamvis nonnullos & ante Justin. tempora eam admisisse, adeoq; à se hoc non per innovationem, sed confirmationem inductum fuisse, non diffiteatur ipse *d. pr. de heredib. instit. ibiq. Vult. n. 4. Donell. 6. comm. 17. ibiq. Hillig. lit. G.* Frustra hic Justin. constitutionem oppugnante *Fab. in Jur. Pap. t. 6. pr. 6. ill. 1. & 2.* ut rectè monet *Hillig. ad Don. d. c. 17. lit. F.* Est autem servus proprius vel in solidum domini, vel pro parte, sive cum cum aliis communis: & vicissim vel pleno jure ejus, vel quoad nudam proprietatem, usufr. penes alium constituto, *d. pr. & §. Servus autem. 3. Inst. de heredib. instit.* Unde quaeritur, si fortè servus communis, vel in quem dominus tantùm proprietatem habuit, heres sine libertate data scriptus sit, an & is ipso jure liber & heres futurus sit? Et si quidem expressè libertas data fuerit, utroq; casu res expedita est, ita ut in servo communi socius pro parte, quam in servo habet, pretium accipere, & partem suam vendere cogatur, *l. 1. §. 1. C. de communi servo manumisso* fructuarius verò servus etiam liber & heres fiat, sed fructuario nihilominus operas interim praestet, & ex re ejus ipsi adquirat, *l. 1. C. communia de manumiss.* Quod enim de libertate inter vivos data ibi constituitur, id ad ultimam quoq; voluntatem rectè porrigitur, *arg. eorum quae habet Everh. in Topic. loco 36.* Sed & in tacitâ libertate quoad fructuarium servum idem juris esse satis colligitur ex *d. pr. de heredib. instit.* ubi *Imp.* postquam dixisset, in servo proprio simpliciter herede instituto, libertatem pro adscripta haberi, statim subjicit, proprium eum quoq; intelligi, in quo nudam proprietatem testator habet. Aliud in servo communi Dd. placuit, videlicet eum liberum non fieri, sed potius socio totum adquiri, *tum arg. l. verum. 63. §. si verò. 9. ff. pro socio. l. Plautius. 49. ff. ad l. Falcid.* tum per textum *in d. l. 1. §. 1. in fin. ibi: & hoc moriturus dixerit. C. de comm. serv. manumiss.* ubi id quod de servo communi dicitur, ipsum, oblato pretio & liberum & heredem fore, ad eum, qui cum libertate heres institutus est, satis apertè restringitur, *l. si servus. 18. ff. de vulg. & pup. substit.* Nec movet quod *Vigl. ad d. pr. Inst. de heredib. instit.* etiam hoc casu socium ad venditionem partis suae cogi existimet secundum *d. l. 1. C. de comm. servo manumiss.*

*miss.* Nam correctoria, imprimis contra textus verba facilè extendenda non sunt, ut rectè *Bach. ad d. pr. de heredib. instit.* Quod deinde ad servos alienos attinet, ii ex persona dominorum æstimantur, ita ut, si ipsi testamenti factionem habeant, & servi rectè instituantur, iisq; hereditatem adquirant, *arg. l. si mihi. 12. §. regula. 2. ff. de leg. 1.* Sin minus, inutilis sit institutio, *d. l. 31. pr. ff. de heredib. instit. l. debitor. 92. §. Servo. 2. ff. de legat. 2.* Non autem vivo tantum domino, sed etiam mortuo eo, jacente adhuc hereditate, servi alieni rectè instituuntur. Hereditas enim domini loco est, & personam defuncti repræsentat, *§. 2. Inst. d. t. de heredib. instit. d. l. 31. §. 1. ff. eod. l. hereditas. 34. ff. de adquir. rer. domini.* Sic & ejus, qui in utero adhuc est, servus rectè instituitur, non quidem posthumi, de quo incertum adhuc est, an nascatur, sed hereditatis intuitu, quæ ante aditam hereditatem non heredis, sed defuncti personā repræsentat, *d. §. 2. Inst. de heredib. instit. l. ejus. 64. ff. eod. t. l. hereditas. 61. ff. de adquir. rerum domin. Vult. & Harpr. ad d. §. 2. de heredib. instit.* Ubi obiter notandum in *d. §. 2.* de posthumo alieno sermonem esse, non de suo, quippe cujus servus non alienus, sed ipsius testatoris esset, ut rectè *Vigl. Zuich. & Bach. ad d. §. 2.* Nec obstat quod posthumus alienus ipse heres institui non potuerit, *pr. Inst. de bon. poss.* Responsio enim expedita est, servum non posthumi, sed hereditatis intuitu heredem institui, ut dictum. Deinde dici potest posthumum alienum, hodie quoq; rectè institui, imò & olim institui potuisse, per textum *in §. posthumus autem. 28. Instit. de legat. ubi Vigl. Bach. & alii* videri possunt, nobis id hic attigisse sufficit. Plurium quoq; servus heres institui potest, ita ut iis quorum jussu hereditatem adiit, pro partibus dominicis hereditatem adquirant, *§. servus autem. 3. Inst. d. t. de heredib. instit.* reliquorum verò qui nō jusserunt, partes iis tacito jure accrescant, *l. servus. 67. ff. de acquir. vel omitt. hereditate.* Non resistit ei, quod supra dictum, servum alienum ita demū rectè institui, si cum domino ejus sit testamenti factio, *d. §. 3. & d. l. 31. ff. de hered. instit.* quod & ejus servus, qui capere non potest, heres institui possit, *l. si servus. 82. ff. de acquir. vel omitt. hereditate.* Respondetur enim, non quidem cum *Bart. in d. l. 82.* quod ibi servus non domini, sed sui ipsius contemplatione heres in-

institutus fuerit: talis enim institutio nulla est, cum ex servi persona subsistere nequeat, *d. l. 31. ff. de heredib. instit.* Sed potius quod aliud sit testamenti factionem cum aliquo non esse, & capere non posse, cum possit interdum quis testamenti factionem passivam habere, & tamen ex causa aliqua ab hereditate removeri. Quo casu satis est, ut servus vel manumissus ipse sibi, vel in alium alienatus novo domino hereditatem adquirere possit: quippe domini persona inspicitur ad hoc tantum, ut sit cum servo testamenti factio, cæterùm ex persona ejus constitit legatum, *d. l. debitor. 82. §. fin. ff. de fin. ff. de legat. 2. Vigl. Zuich. ad d. §. 3. Inst. de heredib. instit. in fin.* Præterea nec illud quoad qualitatem heredum quicquam interest, utrum noti, an ignoti testatori fuerint, *§. fin. Inst. d. t.* ubi ignotos intelligimus eos, quos testator de facie nunquam vidit, licet aliàs propter cognationis vinculum, vel propter eruditionis aut virtutis celebritatem ipsi incogniti non sint, *arg. d. §. ult.* ubi Imp. exemplo filiorum fratris non frustra utitur. *Vigl. §. fin. n. 1. Vult. num. 2. Harpr. n. 1. 283.* Quid de personis incertis dicendum? Et videntur hodie instituí omninò posse, si modò ex eventu certæ esse possint, *arg. §. Sed nec hujusmodi. 27. Inst. de legat.* quem textum frustra ad legata posthumo alieno relicta restringere conatur, *Hillig. ad Don. 6. comm. 17. lit. X.* Quamvis n. §. proximè præcedens de posthumo alieno satis apertè tractet, tamē ex collatione *§. incertis verò. 27.* facilè apparet etiā ad alias incertas personas pertinere. *Don. d. c. 17.* Nec obstat textus, *in d. l. id quod. 24. C. de Episc. & cler.* ubi id quod incertis personis relictum est, evanescere dicitur. Respondetur enim id accipiendum de personis planè incertis, quæ nec ex futuro quidem eventu certæ fieri possunt; quibus nec hodie legata, aut quicquam aliud cum effectu relinqui posse facilè largimur: aliud autē dicendū, si vel statim, vel ex eventu certæ reddi possunt, *arg. d. §. 15. Inst. de legat. ibiq. Schneid. n. 4.* Sic quoq; non movet *l. quoties. 9. §. heres. 9. ff. de heredib. instit.* ubi heres certò demonstrari debet: quoniam responderi potest, & cum heredem certò demonstratum videri, qui ex eventu haud dubio certus futurus est, *arg. d. §. 25. de legat.* Sed nec juris ratio, quæ certum testantis judicium exigit, huic opinioni refragatur, cùm certum & illud rectè dicatur, quod

 ex

ex relatione ad alium, vel eventu certum futurum est, *arg. d. §. 25. & §. 27. Inst. de legat.* Alii *in d. textibus. l. videlicet. 9. §. 9. ff. de heredib. instit. & l. 24. C. de Episc. & Cler.* vestigium juris veteris contineri, idq; postmodum ex æquitate à Justiniano temperatum fuisse existimant, *Wesemb. in ἀτ. ff. d. t. de heredib. instit. n. 4.* \|*inf.* Verùm ad correctiones istas jurium facilè confugiendum non est, cum omnia *JCtorum fragmenta & Impp. anteriorum responsa* ex mente *Justin.* hodie accipienda sint, *l. 2. §. tanta autem. 10. C. de vet. jur. enucl. & c. Cordi §. supra dictis. 3. de emendatione. Cod. Dn. Justin. & secunda ejus edit.* Hisce jam consequens est etiam civitatem, populum, collegium, *l. recusare. 6. §. tam si. 4. ff. ad SCt. Trebell. l. omnibus. 26. ff. eod. t.* & pauperes, *l. si quis. 49. §. 1. C. de Episc. & Cler.* item Ecclesiam rectè institui posse, *arg. d. l. 49. pr.* Sed hic quæritur si pauperes instituti, vel iis aliquid relictum sit, an id in unum aliquem cōferri possit? Et quamvis *Bart. & l. unum ex familia. 67. §. sed etsi. 3. ff. de legat. 2. & Alexand. in l. 4. §. 1. ff. de leg. 1.* id fieri posse existimaverint; tamen contrarium verius, tum quia locutio pluralis, quâ testator hîc usus est, in uno verificari nequeat, *arg. l. ubi numerus. 12. ff. de testib. & c. pluralis. 40. de R. J. in 6.* tum quod quodammodo pluribus pauperibus jus quæsitum videatur, quod in præjudicium eorum ad unum transferri non debet, *arg. l. id quod. 11. ff. de R. J. Mynſ. cent. 5. obſ. 67.* Ad quantitatem heredum quod attinet, & unum hominem, & plures, usq; in infinitum, quot quis heredes velit facere, licet. *§. & unum. 4. Inst. de heredib. instit.* Ubi infinitum non accipiendum est de multitudine vaga & planè incerta, sed de numero tantùm incerto, qui legibus definitus non est, sed arbitrio testatoris relictus, *arg. l. qui restituere. 68. ibi: sine ulla taxatione in infinitum. & l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. Eguin. Bar. Vigl. Vult. & Harpr. ad d. §. 4. de hered. instit.* Unde non difficilis videtur responsio ad quæstionem *ab Accurs. ad d. §. 4.* propositam, si quis fortè omnes homines quicunq; sunt in mundo heredes instituerit, videlicet institutionē istam nulli⁹ momenti esse, cum nec Imperatoris ea mens unquam fuerit in *d. §. 4.* nec aliàs institutio exitum habere possit, ut fatetur ipse *Accurs.* Frustra igitur est non tantum *Accurs.* qui valituram ejusmodi institutionem existimat, propter nimiam tamē diffi-

difficultatem vel impossibilitatem exitum habere non posse; sed etiam *Angel. Aretin. ad d. §. 4. de heredib. instit.* qui etiam adiri hereditatem posse putat, ita ut semper posterior adiens priori detrahat. Nam neutra opinio vel menti Imp. vel juris rationi conveniens est, ut haud difficulter colligitur ex iis quæ supra dicta sunt. Alia de ejusmodi institutione est opinio *Vigl. Zuich. ad d. §. 4.* qui eam sani hominis non videri existimat, *arg. l. pen. ff. de condic. instit.* quod si tamen facta fuerit, non absurdum fore, si hereditas fisco vel reipubl. quæ universos cives repræsentat, applicaretur, vel pietatis intuitu inter pauperes distribueretur. Quod recipi potest, si aliquod extet ejusmodi voluntatis indicium, quo ipse *Vigl.* inclinat sub *fin. d. §.* simpliciter autem vix admitti potest ista institutio, cùm id quod de pauperibus & collegiis vel corporibus instituendis in specie constitutum est, temerè ad consequentiam trahi nō debeat.

## Utraq; vel institutio in specie dicta est, vel substitutio.

*l. potest 36. l. ex facto. 43. §. 2. ff. de Vulg. & pup. substit. l. Gallus. 29. pr. ff. de lib. & posthum. l. mulier. 20. §. ult. ff. de condic. instit.* Heredis institutio vel expressè fit, vel tacitè, vel præsumtivè. *Sichard. ad rubr. C. de hered. instit. n. 9. Marp. vol. 1. cons. 29. n. 11. Argentorat. vol. 1. cons. 75. n. 9.* De implicita heredis institutione vide etiam *Sichard. ad l. 21. §. 3. n. 3. C. de testam. Tubing. p. 5. Cons. 204. n. 8. & seqq.*

## Est autem substitutio nihil aliud, quàm institutio, secundo vel ulteriori gradu facta.

*l. 1. pr. ff. d. t. de vulg. & pupill. substit. Duar. ad d. t. c. 1. Wesemb. in π. ff. d. t. n. 2.* Aliter *Cujac. in π. ff. d. t.* qui definit dationem hereditatis alteri delatæ, (ut vulgaris) vel acquisitæ, (ut pupillari.) Verùm, ut taceam quod descriptio hæc Cujac. satis obscura sit, inconveniens etiam videtur definitionem cum divisione commisce-

re.

re, ut rectè monet *Hillig. ad Don. 6. comm. 23. lit. B.* Satis igitur est textibus juris nostri inhærere, quibus describitur substitutio, quod sit secundo vel ulteriori gradu facta institutio, *d.l.1.pr.* vel secundi heredis institutio, *in d.l.43.§.2 ff.eod.t.* Est enim & substitutio, *pr. Inst. de vulg. subst. d.l.36. & l.43.§.2.ff. de vulg. & pupill. substit.* quippe institutio & nomen generis & speciei est, ideoq; nonnunquam dè substitutione prædicatur, nonnunquam eidem tanquam species contraria opponitur. *d.l.1. ff. eod. t.* quemadmodum & aliàs JCti nomen generis ad certam speciem restringere solent, *arg. §.1. Inst. de adopt. & §.1. Inst. de legit. agnat. tutel. Don. d. c. 23. Duar. d. c. 1. Nicol. Bellon. 4. supput. jur. 16. n. 4. & 5.* Rectè autem dicitur secundi heredis institutio, *d.l.43.§.2.l. precibus. 5. C. de impub. & al. substit. l. si posthumus. 14. inf. pr. ff. de lib. & posthum.* quoniam secundus heres tam in jure nostro, quam apud bonos authores is est, qui primo substitutus est, quamvis id tertio, quarto, vel ulteriori gradu factum, *Giph. ad d. pr. Inst. de vulg. substit. Don. d.c.23.* Cum hac definitione convenit in effectu definitio *Accurs. ad rubr. ff. d.t. de vulg. & pupill. substit.* quod sit secunda institutio. Quamvis enim nonnulli hanc ad solam vulgarem restringere conentur, à quarum opinione non alienus est *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 11. th. 5. lit. C.* Tamen verius est, eam generalem esse, & pupillari quoq; competere, quæ & ipsa omnino est secunda institutio, cum pater liberis suis nō aliter substituere possit, quàm si & sibi testamentum faciat, cujus pars & sequela sunt hæ tabulæ pupillares. *§. liberis autem. 5. Inst. de pupill. substit.* Adde *Vigl. Zuich. ad rubr. Inst. de vulg. subst. n. 3. Hillig. ad Don. d. c. 23. lit. B.*

Eaq; vel vulgaris est, vel pupillaris.

*arg. rubr. Inst. & ff. de vulg. & pupill. substit. Caj. in fragm. lib. 2. Inst. t. 4. pr.* Vulgò substitutionem dividunt primò in directam & obliquam, sive fideicommissariam, *Gloss. ad rubr. ff. d. t. de vulg. & pupill. substit. & ad c. Raynutius. 16. extra de testam. Anton. Gomez. 1. var. resolut. 3. n. 1. & ibi Suarez in addit. lit. B. Schneid. ad pr. Inst. de vulg. subst. n. 6. & Hunn. 2. var. resol. tr. 6. q. 3.* Verùm hæc divisio no-

nominis potius explicatio & distinctio est, quàm rei divisio, ut infra ostendemus, & satis refellitur tum *arg. §. ult. Inst. de pupill. substit.* ubi fideicommissum à substitutione apertè separatur: tum quod heres fideicommisso gravatus substitutum habere negetur, *in l. tutores. 39. §. heres. 3. ff. de administr. & peric. tutor.* Nec obstat quod fideicommissum de hereditate restituendâ expressè substitutio appelletur, *in l. à filia, 62. §. 1. & l. Scævola. 77. ff. ad SCtum Trebell. l. un. §. sin autem. 7. in f. C. de caduc. toll.* Respondetur enim vocabulum substitutionis ambiguum esse, & vel generaliter accipi, vel specialiter pro quacunq; suppositione vel surrogatione, quemadmodum judex *l. pen. ff. judicatum solvi.* tutor. *d. l. 39. §. in eum. 11. de admin. & periculo. tut.* arbores, *l. arbores. 50. ff. de usufr. l. in fraudem. 45. §. pen. ff. de jur. fisc.* pecora. *l. vel inutilium. 69. ff. d. t. de usufr l. si grege. 22. ff. de legat. 1.* & legatarii ac fideicommissarii sibi invicem substitui dicuntur, *l. ut heredibus. 50. ff. de legat. 2. d. l. un. §. 7. C. de caduc. tollend.* In specie verò & propriè pro subordinatione & surrogatione heredum sumitur, ut hoc loco. Cum igitur fideicommissarius propriè heres non sit, sed interdum heredis, interdum legatarii loco habeatur, *§. restituta. 3. Inst. de fideicomm. hereditatibus,* neq; fideicommissum propriè & in specie substitutio dici poterit, ut agnoscit tandem etiam *Schneid. d. n. 6. Wesemb. in 10. ff. de vulg. & pupill. substit. n. 6.* Sic quoq; non movet, quod directæ substitutionis fiat mentio *in l. centurio. 15. ff. d. t. & l. 5. C. eodem.* Respondetur enim id non propterea fieri, quod sit alia quædam obliqua substitutio, sed quia non aliter quàm directis & civilibus verbis fieri potest, *d. l. 15. Nicol. Bellon. 3. suppput. jur. 19. Vult. ad pr. Inst. de vulg. substit. n. 2. Arum. Exerc. 8. th. 9.* Adde *Don. 6. comm. 23. ibiq. Hillig. in not. lit. l. inf.* Directam deinde substitutionem subdividunt in vulgarem, pupillarem, exemplarem, compendiosam & reciprocam, sive breviloquam. *Gloss. ad rubr. ff. d. t. de vulg. & pupill. subst. & ad d. c. Raynutius. 16. extra de testam.* Et quid sit Vulgaris, pupillaris & exemplaris, infra statim videbimus. Compendiosam verò appellant Dd. non eam tantùm, quæ fit à milite, sed quamvis substitutionem compendio verborum factam, puta: filii mei heredes sunto, & quandocunq; deces-

ferint, Titius hæres esto, *Gloss. ad d. c. Raynutius. Ant. Gomez. 1. var. resol. 7. n. 4. Schneid. ad d. t. de pupill. subst.* Reciproca, sive breviloqua dicitur, quando una verborum conceptione plures ultro citroq; instituuntur, & substituuntur, *l. 4. §. 1. ff. de t. de vulg. & pupill. substit. Schneid. ad d. t. de pupill. substit.* Verùm hæ propriæ & separatæ substitutionum species non sunt, sed cæterarum tantum qualitates & adjectiones quædam, ut patet ex *l. 8. C. de impub. & al. substit. §. 1. Inst. de vulg. subst. d. l. 4. §. 1. & e. l. potest. 36. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. Suarez. in addition. ad Gomez. d. lib. 4. c. 3. lit. B. Don. d. c. 13. ibiq; Hillig.* Illud obiter notandum compendiosam potissimum militari accedere, ideoq; à *Duar. 2. Disp. 7. & Wesemb. à π. ff. d. t. n. 7.* militarem appellari. Sed hoc sensu hujus loci non erit, sed ad testamentum militare pertinebit, ut rectè notat *Wesemb. dicto loco.*

## Vulgaris Substitutio est, quæ fit à quocunq; testatore, cuicunq; heredi, in eum casum, si is heres non erit, vel hereditas adita non fuerit.

*pr. Inst. de vulg. subst.* Dicitur vulgaris, quia vulgari modo, sive in vulgarem casum facta est, *l. 4. §. 2. ff. d. t.* quemadmodum vulgarem formulam *in l. si servus. 42. ff. de furt.* & vulgare pactum legimus *in l. Babius. 30. ff. de pact. dotal.* vel quia communis est omnium, ut pupillaris pupillorum propria: hinc vulgaris, id est communis quæstio in *l. 21. ff. de furt.* & vulgaris mulier, quæ vulgato corpore est, *in l. si uxor. 13. §. sed & 1. ff. ad l. Jul. de adult. Giph. ad pr. Inst. de pupill. substit. Vigl. ad rubr. n. 6.* Adde *Don. lib. 6. comm. 24. ibiq; Hillig. lit. B.* Definitio autem desumta est à causa efficiente, subjecto & forma. Causa efficiens est testator, & quidem non parens tantum, sed quivis etiam alius, qui activam testamenti factionem habet. Quicunq; enim testamentum condere & heredem instituere potest, eum & rectè vulgariter substituere dicen-

dicendum est, *arg. pr. Inst. quibus non est permissum fac. testamentum: juncto pr. Inst. de vulgari substit.* Subjectum est heres substitutus, isq; tam suus, quam extraneus, tam pubes, quam impubes, tam liber, quam servus, ut supra de heredis institutione diximus. Ubi dubitari potest, an servus proprius alio etiam, quam novissimo loco substitui possit? Et *Accurs. ad pr. Inst. d. t.* id fieri posse negat, cum servus necessarius heres sit, §. *1. Inst. de heredum qualit. & differ.* adeoq; inutilis alterius substitutio futura sit, *arg. l. 5. C. de impub. & al. substit.* Quod admitti potest, si servus in eadem causa maneat: aliàs cum mori ante testatorem, cum alienari, aut manumitti à testatore possit, utilem quoq; substitutionem alio quam novissimo loco factam dicendum est, ut rectè monet *Vigl. add. pr. d. t. n. ult.* Adde *Bach.* Forma est in casu vulgari, si heres non erit, vel hereditas ab instituto adita non fuerit. *d. pr. Inst. de vulg. substit.* Quæ formula simul & finem substitutionis continet, quod testator in omnem eventum providere voluerit, ut si forte institutus ante testatorem, vel post eum, sed ante aditam hereditatem decesserit, alii surrogentur. *Vigl. ad pr. Inst. de vulg. substit. n. 7.*

## HIC III. NOTANDÆ SUNT REGULÆ.

**I. Substitutio à voluntate Substituentis dependet, ita ut vel ab una tantum parte, vel reciprocè, Simpliciter, vel certis expressis partibus, in unum vel utrumq; casum fieri possit.**

*Bart. in l. 1. ff. d. t. de vulg. & pupill. substit.* in explicandâ vulgaris Substitutionis materia quinq; ponit membra: (1) quid sit vulgaris Substitutio. (2) quotuplex. (3) quibus verbis fiat. (4) quis sit ejus effectus, & tandem quando desinat vel extinguatur;

tur: quem ordinem servat etiam *Schneid. ad t. Inst. de vulg. Substit. n. 7. & seqq. Zas. in tr. Substitutionum c. 1.* Definitio pro instituti ratione jam proposita est, de divisione in expressam & tacitam, quam non vulgaris propriam, sed communem tam pupillaris quam vulgaris esse putamus, infra suo loco tractabimus: Hinc nobis tria hic expedienda supersunt membra, de modo videlicet hujus Substitutionis, de effectu, & de contrariis, quæ tribus regulis proponere & explicare conabimur. Prima igitur modum respicit, quem in genere à substituentis arbitrio dependere diximus. Quemadmodum enim institutio testantis arbitrio relicta est, ut quot velit heredes instituere possit. §. *& unum 4. Inst. de hered. instit.* ita & Substitutio, ut plures gradus heredum facere, & in quem velit substituere possit, *pr. Inst. de vulg substit. d. l. 36. ff. h. t.* In specie verò tria continet membra, quorum primum est, quod Substitutio vel ab una tantum parte, quando heredi is, qui coheres non est, substituitur, sive plures in unius, sive unus in plurium, sive singuli in singulorum locum surrogentur, §. *1. Inst. d. t.* vel reciprocè fieri possit, cum heredes instituti sibi mutuò substituuntur, *d. §. 1.* Et hanc formam reciprocam substitutionem appellat *Modest. in d. l. 4. §. 1. ff. d. t.* Quam nos supra cæterarum, id est, tam pupillaris quàm vulgaris adjectionem esse, monuimus. Hic obiter notandum, eam ab interpretibus non satis rectè breviloquam appellari, cum etiam pluribus verbis ea fieri possit, ut casum proponit *Theoph.* & pluribus prosequitur *Vigl. Zuich. ad d. §. 1. n. 4.* Non obstat, quod reciproca hæc tertium genus substitutionis expressè vocetur *in d. l. 4. §. 1. h. t.* Respondetur enim ex conjunctione *pr. & d. §. 1.* satis patere per tertium genus ibi non novam & prioribus contradistinctam denotari speciem, sed novam tantum qualitatem & adjectionem: quemadmodum aliàs etiam vocabulum generis, qualitatum tantum & causarum diversitatem significare patet *ex l. 3. §. genera. 21. ff. de acquir. vel omitt poss.* Adde *Vigl. Zuich. ad d. §. 1. n. 5. & Zas. in tr. substitutionum. c. 4.* Secundum speciale hujus reg. membrum est, quod substitutio vel simpliciter, vel certis expressis partibus fieri possit. *arg. §. etsi 2. Inst. d. t.* & siquidem partes aliæ in substitutione, quam in institutione expressæ fuerint, ex omni-

nò

nò servandæ sunt, cum testatoris voluntas pro lege sit, *N. 22. c. 2.* & substitutio ab arbitrio disponentis vel substituentis dependeat, ut supra diximus. Si verò ex disparibus partibus heredes scripti sibi invicem substituti, nec ulla partium mentio vel distributio in substitutione facta fuerit, easdem in substitutione partes dedisse videtur, quas in institutione expressit, *d. §. etsi. 2. Inst. de vulg. subst.* V. gr. si fortè unus ex uncia, secundus ex uncia, tertius ex quadrante institutus fuerit, repudiante tertio, in novem partes dividenda est hereditas, ut octo partes ferat, qui ex besse institutus fuerat, unam partem, qui ex uncia scriptus est, *l. si plures. 24. ff. de vulg. & pupill. subst.* Aliud exemplum in duobus videlicet institutis invicemq; substitutis ponit *Theoph. in d. §. 2. h. t.* ut si forté unus ex quincunce, alter ex septunce institutus sit, ac hi sibi invicem substituantur, repudiante secundo, non quincuncen primus, sed septuncen ex substitutione accipiat, in qua secundus institutus fuit. Verum hæc facti species *textui d. §. 2.* satis convenire non videtur, ut rectè monet *Vigl. n. 2.* cum duobus heredibus institutis, unoq; deficiente, ad alterum qui superest necessariò tota pertineat hereditas adeoq: de partibus frustra instituatur disputatio *Bach. ad d. §. 2.* Limitatur autem hæc decisio, ut fallat non tantum si testator expresse circa partes aliud disposuerit, ut supra dictum, sed etiam si ex aliis conjecturis evidentibus de mente testatoris constet; ut (1) si heredes ex disparibus partibus scripti, sibiq; substituti æquali onere gravati, & æquas partes dare jussi fuerint: hoc enim casu æquas etiam partes eos accipere, dicere æquum est, *arg. l. quoties. 23. ff. ad SC. Trebell.* Deinde cum substitutio non sub appellatione heredum, sed propriis nominibus expressis facta est *l. nonnunquam. 24. ff. d. t. ad SC. Trebell.* quoniam & hoc casu non ad partes datas, sed ad personas habita fuit relatio, *arg. l. si heredes. 124. ff. de legat. 1. Vigl. d. §. 2. n. 4. ibiq; Schneid. n. 2. in f. Sichard. ad l. 1. C. de impub. & al. substit. n. 5.* Sed quid si appellativa propriis conjuncta sint, (puta Titium & Sempronium heredes meos substituo) viriles ne an hereditarias partes substitut habebunt? Et *Curt.* quidem *junior. in d. l. 1. C. de impub. & al. subst.* hoc etiam casu hereditarias, sive quas in institutione expressit testator, partes eos habitu-

turos existimat, tum per textum *in d. l. 24. ff. de vulg. & pup. subst.* ubi non aliter viriles partes fieri debent, quàm si evidenter expressum fuerit; quod non satis apparet, cum propriis addita subjunctaq; sunt appellativa: tum quod non aliter viriles partes debeantur, quam si nomina heredum in testamento posita fuerint, *l. ita liber. 8. §. 1. ff. de statulib.* tum deniq;, quia ad hoc, ut viriles partes debeantur, requiritur, ut non sub appellatione heredum, sed propriis nominibus expressis quid relinquatur, *d. l. 24. ff. ad SCt. Trebell.* Verùm aliter *Gloss. in d. l. 24. & Dd. comm.* qui distingunt, utrum nomina propria, an appellativa præcesserint, ut priori casu, puta Titium & Sempronium heredes meos substituo, viriles, cum nomina propria principalem causam obtineant, appellativa tantùm pro demonstratione habeantur, posteriori verò, veluti heredes meos Titium & Sempronium substituo, hereditariæ partes debeantur. *l. si communis. 37. ff. de stip. serv. Sich. ad d. l. 1. C. de impub. & al. substit. 2. 7.* Nec movent, quæ contra communem ex *Curt.* allata sunt. Nam ad primum facilis est responsio ex *d. l. 37. de stipul. serv.* videlicet & hoc casu satis evidenter expressum esse, eo ipso quod testator propria nomina appellativis præmiserit, adeoq; principalem obtinere causam, appellativa demonstrationis gratia adjecta esse voluerit. Ad secundum respondet *Vigl. in d. l. 8. §. 1. ff. de statulib.* casum hunc nostrum quo utraq; tam appellativa, quam propria conjuncta sunt, non decidi, sed eum tantùm excludi, quo appellativa solùm in testamento posita sunt; puta si heredibus dederit, quod ex oppositione in textu facta satis colligitur. Ad tertium deniq; eadem est responsio, videlicet & in *d. l. 24. ff. ad SCt. Treb.* nomina appellativa propriis tantùm opponi, non conjungi propria & appellativa, ut ipsa textus ratio haud obscurè evincit. Adde *Vigl. ad d. §. 2. n. 7.* Hisce jam conseq. est, si quidam sub appellatione heredum, quidam sub propriorum nominum expressione substituti fuerint, quod illi hereditarias, hi viriles sive æquas habituri sint, ut docet *Angel. Aret. ad d. §. 2. Inst. de vulg. subst. & Dd. ad d. l. 1. C. de impub. & al. substit.* Hunc quoq; ad modum videlicet substitutionis vulgaris, referendus est *§. sed si. 3. Inst. d. t.* ubi si forte heredi instituto, coherede substitu-

to dato, alius ei substitutus fuerit, sine distinctione ad utramque partem substitutus admittitur, *l. si Titius. 27. l. coheredi. 41. pr. ff. d. t. de vulg. & pupill. substit.* V. gr. si quis Titium & Cajum heredes instituisset, & Titium solùm Cajo, deniq; Titio alium substituisset, neutro ex heredibus hereditatem adeunte, substitutus ad utramq; partem admittendus est, *d. l. 47. pr. ff. h. t.* quoniam qui coheredi substitutus est, utriq; substitutus intelligitur, *d. l. 27. h. t.* Unde contra *Joh. Fabr.* verior est *Communis Dd.* opinio substitutū hic utriusq; partem non jure accrescendi, sed substitutionis accipere, ut pluribus persequitur *Vigl. ad d. §. 3. n. 3. & 4.* Verum quod *d. §. 3.* dicitur indistinctè substitutum ad utramq; partim admitti, ei repugnare videtur responsum Scævolæ *in l. qui habebat. 47. ff. t.* ubi ex eo, quod prior substitutus prior decessit, respondetur, licet postea institutus decedat, substitutum non admitti. Varias responsiones ad *h. textum* referunt *Vigl. & Bach. ad d. §. 3.* ex quibus non inconveniens ea est, quod *d. l. 47.* loquatur de pupillari substitutione, in qua cum contra rationem juris admissum sit, ut quis alii heredem facere possit, non protinus pupillo substitutus intelligitur, qui pupilli substituto substitutus est: quod in substitutione vulgari facilius admissum est: maximè cum in vulgari aliàs pro parte testatus, pro parte intestatus decederet, contra *l. 7. ff. de R. J.* quod in pupillari ubi duo quodammodo sunt testamenta, unum patris, alterum filii, *§. igitur. 2. Inst. de pupill. substit.* metuendum non est. Adde *Harpr. ad d. §. 3. n. 3. & Vult. n. 4.* Tertium deniq; regulæ nostræ membrum est, quod vulgaris substitutio vel in unum vel utrumq; casum fieri possit. Ad cujus intellectum sciendum est, in unum tantùm casum factam dici, si heres esse noluerit, vel si heres esse non potuerit, *pr. Inst. d. t. de vulg. substit. l. ait. Prætor. 7. §. sed quod. 10. ff. de minoribus.* in utramq; verò vel expressè, si heres esse vel noluerit, vel non potuerit, vel tacitè si heres non erit: hac enim formula utrumq; comprehendi casum colligitur ex *d. pr. de vulg. subst. & arg. l. si quis. 56. ff. solut. matr.* Sed hic difficultas incidit, an substitutio in unum casum, puta si non potuerit, facta, extendatur etiam ad alterum, si noluerit? Affirmat *Bart. & Jas. ad l. 1. ff. d. t. de vulg. & pupill. substit. Zas. tr. substitut. c. 1. vers. primus igitur.*

*Arum.*

*Arum. Ex. 8. th. 15.* Rationes præcipuæ sunt (1) quia substitutio vulgaris conprehendit pupillarem, *l. 4. ff. d. t.* Ergò multò magis vulgaris ipsa in unum casum facta extendi debet ad alium, qui sub eâdem ratione continetur. (2) quia paria esse videntur nolle, & nō posse, *arg. l. 1. §. usus. 2. ibi: vel nolunt vel non possunt. ff. de procurat.* Ergò si substitutus in hūc casum, si heres esse noluerit, datus est, meritò & in alterum, si heres esse non potuerit, & vice versa datus intelligitur: Deniq; quoniam eadem ratio est in casu omisso, quæ in casu expresso, videlicet quod testator potius testatus quam intestatus decedere voluisse intelligendus sit, *arg. l. 3. ff. de test. milit.* ubi autem eadem ratio, ibi & eadem est juris dispositio, *l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. ult. C. ad l. Falcid.* Negativam tuetur post alias à se allegatos *Mantic. de conjectur. ult. volunt. lib. 5. tit. 1. n. 3. Duar. ad d. t. de vulg. & pupill. subst. c. 9. Fachin. 4. contr. 61. Harpr. ad d. §. 1. Inst. de vulg. subst. n. 7. & seqq.* Quorum opinio vel solo argumento *l. si ita. 21. ff. de vulg. & pupill. substit.* satis evidenter probatur: quemadmodum enim si quis ita substituit, si filius intra 10. annum decesserit, alius heres esto, filio post 10. decedente in hunc casum substituisse non videtur: ita quoq; si quis ita substituerit, si heres esse non potuerit, in alium si noluerit, substituisse intelligendus non est, *arg. l. commodissimè. 10. ff. de liber. & posthum.* Nec infringit hujus argumenti nervum, quod *Arum.* regerit in *d. l.* propterea casum omissum expresso non contineri, quoniam tacita testatoris voluntas repugnet, utpote, qui ad tempus certum se restringens, post illud tempus prohibere videatur, *arg. l. statuliberum. 11. §. 1. ff. de legat. 2.* Nam & hic idem dicendum, testatorem dum ad casum impotentiæ, si heres esse non potuerit, substitutionem restringit, in alterum casum, si heres esse noluerit, prohibere, & ad venientes ab intestato hereditatem pertinere voluisse, *arg. l. pater. 101. pr. ff. de condic. & demonstr. arg. l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de Jure Codicill.* Non obstat (1) quod vulgaris expressa pupillarem tacitè comprehendat: quoniam illatio fit à separatis, quippe singulari jure inductum receptumq; hoc est, propter defuncti voluntatem, qui dum filio impuberi in eum casum substituit, si heres non erit, etiam in alterum, si heres erit, & intra pubertatem decesserit, substituisse,
præ-

præsumitur : quod tanquam contra rationem juris receptum temerè ad alios diversos casus extendendum non est, *arg. l. quod vero. 14. ff. de legibus.* Sic quoq; non movet, quod interdum nolle & non posse æquiparentur, quoniam id ad substitutionem accommodari non potest, utpote in qua sufficit, non venisse casum, quem testator designavit, *arg d. l. 21. ff. de vulg. & pup. subst.* Deniq; parùm ad rem facit, quod in utroq; casu eadem sit ratio, cum hic non ad rationis identitatem vel paritatem respiciendum sit, sed an casus omissus sub expresso contineatur : quod hic non fieri ex textibus allegatis satis apertè colligitur. Præterea ad modum sive formam substitutionis & illud pertinet, quòd æquè ac institutio tantùm in testamento, non in codicillis fieri possit, §. *pen. Inst. de codicill. l. Divi. 6. pr. ff. d. t. l. si idem. 7. C. eod. t.* ea ratione, ne testamentorum & codicillorum jura confundantur, *d. §. pen.* & ne codicilli, qui aliàs ex testamento vires capiunt, testamentum confirmare viderentur, *l. quod per manus. 10. ff. d. t de jur. codicill.* per fideicommissum tamen, quin hereditas tam primo quam secundo gradu rectè relinquatur, dubitandum non est, *per d. §. pen. Inst. de codicill.* Sed illud hic dubium incidit, an substitutio fortè in codicillis facta, saltem in vim fideicommissi sustineatur ? Negàt quamvis disputandi potius quam decidendi gratia *Harpr. ad pr. Inst. de vulg. subst. n. 41.* per regulam generalem, quòd verba directa naturam suam retineant, nec ad fideicommissum trahantur, nisi in casibus à jure expressis, *l. verbis. 7. ff. de vulg. pupill. subst.* Affimativa verò uti communiter recepta, ita verior quoq; videtur (1) per *l. Scævola, 76. ff. ad SCt. Trebell.* ubi ob præsumtam disponentis voluntatem, verba directa in codicillis ita accipiuntur, ac si heredem legitimum de restituendo rogasset. Idq; non tantum in pupillari substitutione obtinet, de qua Scævola loquitur, & ad quam textum restringunt *Ant. Fab. 15. conj. 14. Harpr. d. loco. & Vigl. d. §. 1. n. 4.* sed etiam in vulgari. Nam eadem est & in vulgari ratio, præsumta videlicet defuncti voluntas, qui dum directò in codicillis substituit, utiq; saltem fideicommissi jure dispositionem valere voluisse intelligitur. Falluntur enim, dum decidendi rationem in speciali aliquo pupilli favore positam esse contendunt, de quo tamen nullum ver-

 bum

bum, nec conjectura extet, sed benigna ista interpretatio, eò potius pertinet, ut defuncti voluntas conservetur, & substitutis consulatur, *arg. d.l. 6. ff. ad SCt. Trebell.* Accedit, quod clausula codicillaris testamento adjecta efficiat, ut ea quæ jure directo valere nequeunt, jure codicillorum subsistant, adeoq; ad fideicommissum trahantur, *l. fin. §. illud. 1. C. de codicill.* Ergo simpliciter, si disponens codicillos faciat, in iisq; directò substituat, substitutio ea ex tacitâ & præsumta ejus voluntate ad fideicommissum trahenda erit, *arg. l. illud. 13. §. 1. ff. de jur. codicill. Accurs. ad d. pr. Inst. de vulg. substit. ad verba in testamento. Vigl. n. 5. Mynf. n. 8. Schneid. n. 15. Don. 7. comm. 19. Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. fin. lit. B. & Tma. Fab. D. 20. th. 27.* Non obstat reg. illa ex *l. 7. ff. de vulg. & pupill substit.* petita: quoniam responderi potest, non quidem substitutionem impuberi ultra pubertatem civilibus verbis frustra hactenus fieri, ut jure directo, non ut jure fideicommissi valeat; (hæc enim responsio divinatoria est, nec ullo textu vel ratione juvatur, ut rectè in alio casu monet *Fachin. 4. contr. 44.*) Sed potius ibi *Papinian.* non de codicillis, sed de testamento loqui, in quo ista substitutio ultra pubertatē facta, propterea ad fideicommissum non trahitur, quoniam de voluntate defuncti fideicomm. relinquere volentis, neq; expressè, neq; tacitè constabat, *arg. l. 1. ff. de jur. codicill.* Sic quoq; non resistit, *l. 2. C. de codicill. & l. 10. ff. eod.* ubi traditur, de hereditate codicillis disponi non posse. Explicandum enim hoc est *ex d. l. 13. §. 1. ff. d. t.* ut dispositio illa non valeat jure directo: vel potius, quod textus isti referendi sint ad codicillos cum testamento factos, in quibus nihil, quod hereditatem concernit disponi potest: quia potentius jus testamenti est, in quo de hereditate jam dispositum est, ut monet *Bach. ad Treutl. d. loco.*

II. Effectus vulgaris substitutionis præcipui sunt, quod herede non existente, substitutus ad hereditatem admittatur, quod expressa contineat tacitam pupillarem, &

quod

quod ex herede suo & necessario voluntarium efficiat.

*Bart. in l. 1. ff. d. t. de vulg. & pupill. subst. & ex eo Schneid. ad d. pr. de vulg. subst. n. 12.* quinq; substitutionis vulgaris effectus refert. Primus est, quod facit substitutum admitti ad hereditatem, si heres institutus non erit. Secundus quod testamentum vires à substituto, & sic à secundo gradu assumere possit, licet in primo gradu vires non habeat, *l. 3. §. ult. ff. de lib. & posthum.* Tertius quod ad substitutum tantùm bona testatoris perveniant, non etiam bona propria heredis, cui substitutus est. Quartus, quod vulgaris expressa contineat tacitam vulgarem, *l. 4. ff. de vulg. & pupill. substit.* Et quintus, quod ex suo & necessario herede voluntarium efficiat. Adde *Zas. d. tr. substit. c. 1.* qui septē effectus & alio ordine quam *Bart.* proponit, qui apud ipsum videri possunt. Nos præcipuos tantùm attingemus, inter quos, primus est, quod si heres institutus, non erit, substitutus admittatur, & tantum consequatur ex substitutione, quantum heres ex institutione habiturus fuisset, cum substitutio sit secundi heredis institutio, ut supra diximus. Verba autem illa, SI HERES NON ERIT, hunc habent sensum, si nec ipse institutus heres erit, nec alium heredem fecerit, *l. si pater. 40. ibi: neq; alium fecerit. ff. de heredib. instit.* Ubi quatuor occurrunt casus, quibus ex institutorum persona alii succedunt; quorum (1) est, si servus alienus institutus fuerit: (2) Si filiusfam. ab extraneo heres scriptus: (3) Si heres institutus ante aditam hereditatem intra deliberationis tēpora mortuus: & (4) si heres ex delicto tanquam indignus ab hereditate exclusus sit. Et (1) quidem casus, si servus alienus institutus, hereditatem vel jubente domino, vel simpliciter adierit, ipse quidem heres non efficitur, cum Juris Civilis, cujus est heredis institutio, *pr. vers. quos autem. Inst. de bonorum possess.* servi capaces nō sint, *l. quod attinet. 32. ff. de R. J.* Sed dominum heredem facit, *l. cum proponas. 3. C. de heredib. instit.* Quamvis etiam jubente domino non adire, adeoque substitutioni locum facere possit, *d. l. 3.* Quod si fortè testator alienum servum, quem patremfam. arbitra-



batur

batur, heredem instituerit, eiq; alium substituerit, substitutus cum instituto vel potius domino instituti in partem admittitur, *§. ult. Inst. de vulg. subst.* Nec obstat quod servo instituto hereditatem adeunte, substitutus aliàs ab hereditate excludatur, *arg. l.3. & l.7. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Respondetur enim id regulare esse, ut herede instituto adeunte substitutio expiret, *l. post aditam. 5. C. de impub. & al. substit.* Sed casum hunc propositum propter dubiam testatoris voluntatem excipi, ut substitutus potius in partem admittatur, quàm totum testamentum corruat, *d. §. ult. d. l. 40. & l. seq. ff. de heredib. instit.* Deinde non resistit, *d. l. 3. C. de heredib. instit.* ubi in casu simili hereditas non inter substitutum & institutum dividitur, sed tota ad substitutum pertinet. Respondet enim *Accurs. ad d. §. ult.* distinguendo inter voluntatem testantis dubiam & certam, ut priori casu propter errorem testatoris substitutus potius in partem admittatur: posteriori verò, ubi constat defunctum per heredem ad alium hereditatē pertinere noluisse, substitutionis extiterit condicio, adeoq; substituto deferatur tota hereditas, *d. l. 3. C. de heredibus instit.* Idq; eò magis, quoniam *d. l.* de milite loquitur, cujus voluntatem, rejectis juris subtilitatibus observandam esse expeditum est, *pr. Inst. de militar. test. & l. 1. ff. eod. t. Vigl. Zuich. ad d. §. ult. n. 10. Arum. Ex. 8. th. 11. Harpr. ad d. §. ult. n. 10.* Verùm hîc dubium incidit, utrum id quod de parte dicitur, in *d. §. ult.* de æquali, an verò inæquali accipiendum sit? Et pro æquali, ut hereditas inter dominum servi instituti, & substitutum ex æquo dividatur, facit (1) quod partis appellatione in dubio pars dimidia intelligatur, *l. etiam. 43. ff. de usufr. l. non enim. 164. §. 1. ff. de V.S.* quemadmodum & aliàs in dubio media via eligi solet, *§. ult. Inst. qui & ex quibus causis manumitt. non poss. l. antiqui. 3. ff. si pars hereditat. pet.* Deinde *l. quoties. 9. §. heredes. 12. ff. de heredib. institut. Don. 6. comm. 24. Duar. ad d. t. de vulg. & pupill. substit. c. 10. Govean. 1. var. lect. 6. Mynf. & Wesemb. ad d. §. ult.* Pro inæquali verò argumentum evidens esse videtur in *d. l. 40. ff. d. t. de heredib. instit.* ubi non tota hereditas, sed alter semis inter dominum heredis instituti & substitutum dividitur. Non obstante eo, quod quidam in *d. l. 40.* coheredem substitutum esse voluerint, *Don. d. loco. Alc. 1. disput. 12.*

quem-

quemadmodum in codice quodam manuscripto verbum coheredis expressè positum se legisse testatur *Vac. à Vacun. 6. declar. 85. n. 4.* vel quod alii in f. textus pro alter semis, (AS) legendum existimant, quasi Tribon. errore lapsus literas istas AS. pro notis acceperit, cũ integram vocem, hereditatis videlicet assem donotarent, *Cujac. in not. ad §. ult. & 17. observ. 21.* Nam utraq; divinatoria est, & textui non satis conveniens, ut ostendit *Dn. Ungep. Ex. Justin. 8 & Arum. d. Exerc. 8. q. 11.* Nec quicquam movet, quod partis appellatione simpliciter posita dimidia intelligatur: quoniam in dubio procedit, quando aliud expressum non est: at hîc inæqualem partium divisionem esse, *ex d. textu, l. 40. de heredib. instit.* satis apertè colligitur. Minus ad hunc rem facit *d. l. 9. §. 12. de heredib. instit.* utpote quæ in alio planè casu loquitur, videlicet quo plures simul heredes instituti sunt nulla partium mentione adjectâ, quos æqualiter heredes esse dicendum est, *d. l. 9. §. 12.* Eo ipso enim dum testator nullas partes adscripsit, ex æquis partibus coheredes esse voluisse satis colligitur. §. *si plures. 6. Inst. d. t. de heredib. instit.* At hîc non de hereditate inter plures heredes, sed inter heredem & substitutum dividenda agitur: quo casu propter dubiam testatoris voluntatem, ut sustineatur potius, quàm ut corruat testamentum, inæqualis partium divisio inducta est, *d. l. 40. de heredib. instit. Adde* omninò *Dn. D. Ungep. d. loco.* qui pluribus hanc rem persequitur. De Monacho quæritur, an coherede instituto monasterium sine facto ipsius, eoq; invito adire hereditatem possit? Et affirmativa verior videtur *Zasio*, cum Monachus ingrediendo monasterium, se suaq; omnia Deo dedicaverit, adeoq; quoad successiones aliaq; temporalia nec nolle nec velle habeat. *d. tr. subst. c. 1.* qui & usu in Germania nostra id servari testatur: simulq; illud addit, nec vulgarem substitutum Monasterium excludere, ut videri apud ipsum potest. Verùm quid hac de re sentiendum, haud difficulte intelligitur ex iis, quæ supra dicta sunt. Adde *Harpr. f. ad §. 1. de vulg. subst. n. 27. & seqq. aliquot.* Secundus casus est, quando filiusfam. ab extraneo heres institutus est: quô adeunte pater heres efficitur, ita ut ne momento quidem in persona filii subsistere hereditas intelligatur, *l. placet. 29. ff. de adquir. vel omitt. heredit* & olim quidem

pleno jure, §. *igitur.1. Inst. per quas personas cuiq; adquir.* hodie quoad usumfr. tantùm, proprietate liberis relicta, *d. §. 1. vers. quod nobis, l. fin. pr. C. de bon. quæ liber.* ubi frustra est, *Zas. d. tr. subst. c. 1.* dum Pandectas hac in re à Codice dissentire existimat, cum *d. l. 79. ff. de adquir. vel omitt.* interpretationem ex *d. l. fin. de bon. quæ liber.* satis commodè recipere possit. Quod si verò filius eam adire recuset, pater suo jure hereditatem adire, & sibi acquirere potest, *d. l. ult. pr. C. de bon. quæ liber.* ubi quæritur, an filiofamil. qui substitutum vulgarem habet, recusante, pater, an substitutus admittendus sit? Et pro patre pugnat *Bart. Angel. Aret. & Jas. in l. 1. ff. de vulg. & pupill. subst. ibiq; Duar. c. 10. & Dd. comm. teste Sich. in d. l. 3. C. de heredib. instit. n. 7. Vasq. lib. 1. de success. progress. §. 5. n. 17.* Rationes præcipuæ sunt duæ, quarum (1) ex *d. l. 40. ff. de heredib. instit. & §. ult. Inst. de vulg. subst.* ubi dicitur, illa verba, SI HERES NON ERIT, hunc habere sensum, si neq; ipse heres erit, neq; alium heredem fecerit: at hic per filium patrem heredem fieri, adeoq; substitutum meritò excludendum esse. (2) ex *d. l. ult. pr. & §. similiq; 2. C. de bon. quæ liber.* ubi filio repudiante adire hereditatem pater potest, ac si ipse heres institutus. Contra pro filio disputat *Donell. 6. comm. 24. Conn. 10. comm. 7. n. 4. Vigl. ad §. ult. de vulg. substit. n. 3. Fachin. 4. contr. 63. Arum. d. Exerc. 8. th. 10. & alii*; quorum rationes sunt (1) quoniam casus vulgaris substitutionis extitit, dum filiusfam. hereditatem repudiat, adeoq; heres esse non vult, *l. 1. §. 1. & tot. t. ff. de vulg. & pupill. substit. l. quamdiu. 69. ff. de heredibus. instit.* (2) quia provisio testatoris expressa facit cessare provisionem legis, *l. ex facto. 43. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. l. fin. C. de pact. convent.* at substitutus ex voluntate testatoris expressa, pater ex legis dispositione venit, *arg. Auth. hoc amplius. C. de fideicomm.* (3) quoniam servo instituto & hereditatem non adeunte, non ad dominum, sed ad substitutum hereditas pertinet, *d. l. 3. C. de heredib. instit.* Ergo & in filiofam. idem dicendum erit, cum servus & filiusfam. hac in re æquiparentur, *arg. pr. Inst. quod cum eo, qui in al. potestate est, negoc. gest. & c. l. qui in aliena. 6. l. si quis. 25. §. jussum. 4. ff. de adquir. vel omitt. heredit.* Quæ ratio licet infirmior videatur *Fach. d. c. 63.* quasi non idem in favorem domini constitutum sit, quod in favorem

vorem patris, ut recusante servo dominus adire possit, quemadmodum filio repudiante pater suo jure adire potest, *d. l. f. C. de bon. qua lib.* tamen robur exinde accipit, quod quoad præsentem quæstionem, quando videlicet substitutus datus est, nihil mutatum vel correctum reperiatur, adeoq; nec stare prohibeatur, *arg. l. sancimus. 27. C. de test.* cum constitutiones novæ & correctoriæ, (qualem *d. l. fi.* esse constat,) strictè accipiendæ sint, ut monet etiam *Sich. d. loco.* Deniq; quia nemo repudiando, quemquam heredem facit: cum adeundo, non repudiando quisquam heres efficiatur, *l. 6. ff. de reg. jur. ibiq. Petr. Fab.* Præterea *Zas.* distinctione rem expedire conatur, ut si talis fuerit substituti conditio, de quo verosimile est, quod eū testator prædilexerit, posterior procedat opinio: sin minus, prior obtineat, *d. c. 1. vers. in secundo casu in f.* Sed nos missâ hac distinctione, cum semper testator substitutum prædiligere intelligatur, utpote quem expressè heredem (saltem secundo gradu) instituit substitutum præferendum, putamus per rationes modò allatas. Quibus non obstat (1) quod verba illa in vulgari substitutione, SI HERES NON ERIT, ita accipienda sint, si neq; ipse heres erit, neq; alium heredem fecerit; quoniam hoc verùm est si servus vel filiusfam. adeundo heredem fecerit, *d. l. 3. C. de heredib. instit.* nam repudiando heredem facere nequit, sed tanquam eveniente substitutionis vulgaris casu, substitutus admittitur. Deinde non movet *d. l. fin. pr. & §. 2. de bon. qualib.* Respondetur enim, eam procedere in eo casu, quo filiofam. substitutus datus non est: tunc enim filio recusante pater ac si ipse institutus esset, adire hereditatem ex legis dispositione potest. At si substitutum filius habuerit, eum propter expressam testatoris voluntatem præferendum esse dicendum est: cùm in successionum materia semper potentius operetur defuncti voluntas, quam legis dispositio, *arg. l. quamdiu. 39. ff. de adquir. hereditate, l. in condicionibus. 19. ff. de condic. & demonstr. N. 22. c. 2. pr.* Tertius casus est, si heres institutus ante aditam hereditatem intra tempora deliberationis decesserit. Ubi præmittendum, quod hereditas non adita ad heredes non transmittatur, *l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. l. un. §. 5. C. de caduc. toll. l. 7. C. de jur. delib.* A quâ regulâ tres potissimum excipiuntur casus. (1) ratio-

ne

ne Suitatis, quando sui heredes paternam hereditatem, licet se non immiscuerint, ad quoscunq; heredes, sive ex testamento, sive ab intestato succedant, transmittunt, *d. l. un. §. 5. C. de caduc. toll. l. qui duos. 9. §. ult. ff. de reb. dubiis. l. 3. C. d. t. de jur. delib. l. apud. hostes. 8. C. de suis & legit. Ant. Gomez. 1. var. resol. 9. n. 23. Geil. 2. observ. 131. n. 6. Treutl. vol. 2. D. 12. th. 3. lit. C. ibiq; Bach.* (2) Ratione sanguinis, quando liberi cujuscunq; sexus aut gradus fuerint, hereditatem adscendentium non ad quoscunq; heredes, sed ad descendentes tantùm transmittunt, *l. un. C. de his quæ ante apert. tabb. Gomez. d. c. 9. n. 41. Ferdin. Vasq. lib. 1. de success. progress. §. 7. nu. 3.* (3) Ratione juris deliberandi, quando heredes etiam planè extranei, qui hereditatem aut bonorum possessionem ex testamento, aut ab intestato sibi delatam sciunt, ante aditam hereditatem intra annum descendentes, residuum temporis ad quoscunq; heredes transmittunt, *l. cum antiquioribus. 19. C. de jur. delib. Zas. d. c. 1. vers. tertia species.* Hîc igitur dubium oritur, An si testator istis casibus exceptis, heredi instituto substitutum dederit, substitutio ista transmissionem in heredes instituti impediat? Et secundo quidem casu res expedita videtur, substitutione non obstante, hereditatem ad descendentes transmitti; cum perindignum sit, fortuitas ob causas, vel casus necessarios, descendentes adscendentium successione fraudari, *d. l. un. C. qui ant. apert. tabb. & arg. l. cum acutissimi 30. C. de fideicomm. Zas. d. c. 1. vers. prima est &c.* Primi verò casus decisio ex eo dependet, utrum vulgaris substitutio suitatem, vel jus sui heredis tollat: de qua quæstione mox infra dicẽdum erit. Tertio deniq; casu *Salicet. ad d. l. 19. C. de jur. delib. Politus de substitut. in mater. vulg. subst. q. 44. & Zas. d. c. 1. vers. tertia species. Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 11. th. 7. lit. G.* contendunt substitutionem vulgarem transmissionem impedire, ita ut substitutus exclusis heredibus instituti, ad hereditatem admittatur, (1) quia substitutus vocatur ex verbis & mente testatoris, heredes verò instituti, qui non adita hereditate decessit, neq; ex verbis, neque ex mente testatoris, imò nec ex mente legis veteris, qua hereditas nõ adita non transmittitur, sed tantùm ex *d. l. 19. C. de jur. delib.* (2) quoniam substitutio vulgaris in eum casum facta est, si institutus heres

heres non erit, *d. pr. de vulg. substit. & l. 1. §. 1. ff. eod. t.* at hoc casu eum, qui intra deliberationis tempora decedit, heredem non esse expeditum est. (3) per *textum in d. l. un. C. de his qui ant. apert. tabb. ibi, licet non sint invicem substituti*; quibus verbis haut obscurè innui videtur substitutionis jus potentius quàm transmissionis esse. (4) quia Principum beneficia in præjudicium vel injuriam aliorum concedi non solent, *l. 2. §. meritò. 10. ff. ne quid in loc. publ. l. nec avus. 4. C. de emancipationibus liber.* quod hoc casu fieret, si substitutus ab heredibus instituti excluderetur. Verùm contra Dd. comm. teste ipsô *Zas. loco superiùs allegato*, eosq; secutus *Don. d. lib. 6. c. 24. Duar. add. t. de vulg. & pupill. subst. c. 10. Fachin. 4. contr. 62.* instituti heredes præferunt, ad eosq; potius quàm substitutum hereditatem pertinere putant, (1) *arg. d. l. 40. ibi: nec alium heredem fecerit & c. ff. de heredib. instit.* at hic institutus intra tempora deliberationis decedens, licet ipse heres non sit, per transmissionem tamen juris deliberandi alium heredem facere videtur, eo ipso, dum is arbitratu suo intra residuum temporis adire hereditatem potest. Nec movet, quod adeundo demum quis alium heredem facit, & substitutum excludat, ut supra diximus in quæstione, An filio repudiante pater, an substitutus admittendus sit, & monet *Bach. d. loco*. Nam id eò tantùm pertinet, ut repudiando nemo alium heredem facere possit: Sed heres intra tempora deliberationis decedens non repudiare, sed potius residuum temporis, quod ipse habiturus adhuc erat, ad successorem transmittere voluit. Deinde adducitur *d. l. un. §. in novissimo. 5. juncto. §. cum autem. 13. C. de caduc. toll.* ex quo textu hoc satis apertè colligi videtur, quod hereditas non adita non transmittatur ad heredes, exceptis liberorum personis, & salvâ transmissione juris deliberandi: His verò cessantibus ad substitutum hereditas devolvatur. Unde jus transmissionis substitutione potentius esse omninò dicendum est. Nec infringit hoc argumentum, quod *d. §. 13.* ad duas priores species transmissionis restringit *Bach. d. loco.* Id enim divinatorium est, & ex ipso textu atq; scopo Impr. satis refellitur. Ad argumenta *Zas. & aliorum* quod attinet, responderi potest ad (1) substitutum quidem expressis testatoris verbis vo-

cari, sed secundo demum gradu, & sub condicione, si institutus heres non erit, nec alium heredem fecerit, *d. l. 40. ff. de heredib. instit.* hoc verò casu intra deliberationis tempora decedens, alium heredem facit, dum ad successorem adeundi facultatem intra tempus residuum transmittit. Ex quo simul patet responsio ad secundum fundamentum, videlicet verba illa, si HERES NON ERIT, in personis sub alienâ potestate positis hunc sensum habere, si nec ipsi heredes erunt, nec alios fecerint. *§ ult. Inst. de vulg. substit.* Tertium ex *d. l. un. C. de his qui ante apert. tabb.* minus rectè deducitur: quoniam verba allegata: *licet non sint invicem substituti* &c. nihil aliud volunt, quam liberos hereditatem parentum suorum non aditam ad descendentes suos transmittere, etiamsi iis substituti non sint, nam si substituti fuerint, de transmissione frustrà quæreretur: sed inde malè infertur, substitutionem unius jus transmittendi in alterius persona, heredis videlicet ejus, qui intra deliberationis tempora decessit, impedire, ut rectè *Fachin. d. c. 62.* Ad quartum deniq; respondetur, aliam esse rationem beneficiorum Principum particularium, quæ uni concessa alteri præjudicare vel injuriam inferre non debent per *textus in argumento allatos, & arg. l. 1. §. ult. ff. de Constit. Pri.* aliam verò beneficiorum generalium, quæ cum generaliter concepta sint, procul dubio omnes tenent, nec cuiquam præjudicium, aut injuriam inferre dici possunt: *arg. §. 6. in f. Inst. de jur. N. G. & C.* imprimis *d. l. 19. C. de jur. de lib.* quod quemadmodû generale est, & sum̃â æquitate nititur, ita meritò quoq; ad omnes pertinet. Superest adhuc quartus casus, quando heres tanquam indignus ab hereditate excluditur. Ubi *Bart. & Jas. in d. l. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. Vasq. de success. progress. in præfat. lib. 2. n. 12. Duar. ad d. t. c. 10. Bach. in disput. miscell. c. 20. p. 229.* fiscum præferunt, (1) per regulam generalem & indistinctè traditam, in *l. 5. & tot. t. ff. de his quæ ut indign.* videlicet indignis hereditatem à fisco auferri. (2) quod hîc solus fiscus faciat, ne indigni hereditatem habeant, *d. l. 5. ff. de his quæ ut indign.* at quando solus fiscus facit, ut heres ab hereditate excludatur, fiscus hereditatem habere debet, cum non ideò indigno hereditatem auferat, ut alteri eam restituat. (3) quoniam pœna unius gradus non debet præmium

esse

esse sequentis, *l. si sequens. 15. pr. ff. de sen. Silan.* Contrarium docuit *Tholoss. lib. 42. syntagm. un. jur. c. 14. n. 2. Fachin. d. lib. 4. cont. 64.* Priorum ratio est; quod hoc casu, si heres ob delictum aliquod tanquam indignus excludatur, casus substitutionis vulgaris evenit, dum heres esse non potest, & conseq. substituto locum facit, *d. l. un. §. 13. C. de caduc. toll.* Nec movet, quod indignus merò jure adire hereditatem adeoq; heres esse possit, sed cum effectu bona obtinere, propter jus fisci nequeat: quoniam nihil interesse videtur, utrum quis ipso jure heres esse nequeat, an ob causam aliquam acquisita retinere nequeat, *arg. l. non videtur. 13. & l. nihil interest. 112. ff. de R. J.* Posterior, quia ob culpam heredis substituto injuria fieri non debet *arg. l. Papinianus. 8. §. meminisse. 14. ff. de inoff. test.* Quæ licet de fideicommissario loquatur, ad substitutum tamen non malè accommodari videtur, non quidem quasi fiscus substituto hereditatem restituere rogatus sit, id enim tanquam ridiculum non immeritò rejicit *Bach. d. loco.* Sed quia in utroq; casu hactenus eadem ratio, quod testator quemadmodum fideicommissarium, ita & substitutum fisco præferre proculdubio voluerit: Eo ipso enim dum heredi substitutum dedit, in omnem casum testatus potius quàm intestatus decedere voluisse intelligitur. Et hanc opinionem & nos præferimus, vel eo solo argumento, quod nemo delinquat, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facilè responderit, *l. non puto. 10. ff. de jur. fisc.* Necobstant quæ pro contraria opinione adeoq, pro fisco afferuntur. Nam ad (1) responderi potest *reg. d. l. 5. & tot. t. de his quæ ut indign.* videlicet fiscum hereditatem indignis auferre; procedere, quando heres indignus hereditatem adiit, quo casu cum vulgaris substitutio expirare soleat, *l. post aditam. 5. C. de impub. & al. substit.* non immeritò fiscus heredi indigno hereditatem aufert. Ad secundum dicendum est, id procedere, nisi testator aliter providerit, cujus voluntas pro lege est. *N. 22. c. 2.* at hic testatorem providisse in eum casum, quo institutus heres esse noluerit, vel non potuerit, ideoq; voluntati ejus standum & substitutum pro fisco admittendum esse. Tertium refellitur ex iis quæ ad primum argumentum dicta sunt, nempe *l. 15. pr. ff. de SCt. Silan.* loqui de eo casu quo heres hereditatem adiit, atq; ita

per ejus aditionem substitutus exclusus est. Ratio enim dubitandi in *d. l.* erat, quoniam substitutus (quem secundum gradum, JCt. appellat) necem testatoris ultus erat, adeoq; admittendus videbatur. Sed contra decidendi ratio, quia pœna heredis, qui propter omissam accusationem hereditate privatus erat, substituti licet defuncti necem vindicantis, præmium esse non debet, ut rectè hunc textum interpretatur *Fachin. d. loco.* Et tantum de primo substitutionis vulgaris effectu. Secundus est, quod expressa tacitam pupillarem contineat. V. g. Si parens filium impuberem heredem instituerit, & si heres non erit, Cajum substituerit, etiamsi filius heres fuerit, & intra pubertatis annos decesserit, nihilominus substitutus ex tacita, vel præsumta potius pupillari substitutione succedet, *l. 4. pr. ff. d. t. de vulg. & pup. subst.* Lex enim præsumit, testatorem si hunc casum (decedentis filii intra pubertatem) cogitasset, in eum quoq; provisurum fuisse, *Zas. d. c. 1. vers. Sextus effectus,* ubi quoq; monet hanc substitutionem, præsumtam pupillarem potius, quam tacitam appellandam esse. Limitatur hic effectus (1) si mater filii impuberis in vivis sit, ut tum in vulgari expressa pupillaris tacita non contineatur, sed mater substituto præferatur *per l. precibus. 8. C. de impub. & d. l. substit. ibi: eo defuncto, ad te (matrem videlicet) omninò ejus pertineat successio.* Deinde per *l. ult. C. de instit. & substit. in finalibus verbis: vel post ejus partum mater prior decesserit.* Deniq; ne mater præter mærorem, quem summum ex morte filii percepit, etiam damnum luctuosæ hereditatis sentiat. *Cujac. 12. obs. 27. Jas. d. c. 1. vers. Sextus effectus. & Dd. comm. teste Fachin. 4. contr. 40. & Harpr. ad pr. Inst. de pupill. subst. n. 57.* Verùm exceptio hæc dubia redditur, (1) ex *l. Papinianus. 8. §. sed nec. 5. ff. de inoff. test* quæ lex cum generaliter loquatur, generaliter quoq; tam de tacita, quam expressa, accipienda erit, *arg. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act.* maximè cum aliàs quoq; taciti & expressi eadem ratio esse soleat, *arg. l. cum quid. 3. ff. de rebus cred.* (2) ex *l. Lucius. 45. ff. de vulg. & pupill. substit.* ubi expressa vulgaris tacitam pupillarem continet, ita ut mater etiam excludatur, nisi imparitas heredum institutorum & sibi invicem substitutorum (quippe unus naturalis erat) impedimento esset. 3. per *d. l. ult. C. de in-*

*stit,*

*stit. & substit.* in qua mater substitutum excludit, non quia expressa vulgaris tacitam non continet, vel matre existente nihil operatur, sed quia mater coheres filio data erat, ut notat *Vigl. add. pr. Inst. d. t. de pupill. substit. n. 18. Don. ad d. l. 8. C. d. t. de impub. & al. subst. & 6. comm. 28. ibiq. Hillig. lit. C. Treutl. d. D. 11. th. 9. lit. C. & ibi Bach.* Non obstant rationes pro communi Dd. opinione allatæ. Nam ad *d. l. 8. C. de impub. & alior. substit.* respondet *Ant. Fab. 15. conj. 10. & 33. Dec. err. 5* speciale esse in testamento militis, (de quo *d. l.* loquitur) ut ejus nuda voluntas, & pro ut verbis expressa, non ut à lege intellecta est, attendatur, adeoq; constitutionem D. Marci, ut vulgaris expressa tacitam pupillarem contineat, ad testamentum militis non pertinere, *d. l. 8.* Quamvis enim aliud visum *Treutl. d. D. 11. th. ult. lit. G.* tamen contrarium verius est, videlicet in militis testamento expressam tantùm ejus voluntatem, non à legibus inductam, quas miles ignorare præsumitur, admittendam esse. *Vac. à Vacun. 4. decl. 63. n. 11. Ant. Gov. 1. var. lect. 2. Bach. ad d. th. ult. lit. G.* Deinde non adversatur *d. l. ult. C. de instit. & substit.* quoniam ad eam patet responsio ex ultimo fundamento nostro, videlicet ibi propterea tacitam pupillarem expressa vulgari non contineri, quod mater coheres filio data fuerit, adeoq; testatorem dum substantiæ suæ partem uxori reliquit, multò magis ut luctuosam filii hereditatem ad matrem pervenire voluisse præsumitur. *Vigl. ad d. pr. de pub. sub. n. 18.* Adde *Ant. Fab. d. lib. 15. conj. 9. & Bach. ad d. th. 9. lit. G.* Minus movet ratio ultima, de luctuosa filii hereditate matri in dubio non auferenda: quoniam ea nimis generalis est, & in expressa etiam pupillari locum habet, quam tamen matrem excludere expeditum est, ita ut nec querelam inofficiosi intentare, *d. l. 8. §. 5. ff. de inoff. test.* nec testamentum ipso jure nullum dicere possit, ex *N. 115. c. 3.* Sed an mater ita per substitutionem pupillarem exclusa saltem legitimam petere possit? Etsi rationem juris nostri sequamur, negativa omninò verior est, tum per textum *in d. l. 8. §. 5. de inoff. test.* ubi mater substitutionem pupillarem per querelam inofficiosi oppugnare non potest, Ergo nec legitimam petere, qui enim querelam non habet, is nec legitimam habere potest. *N. 18. c. 1.* tum per *c. 1. de test. in 6.* ubi satis apertè cau-

tum, licet filius matrem portione jure naturæ debitâ privare n
possit, patrem tamen testamento, quod filio impuberi facit, po
cum hujusmodi testamentum pupillare paternum, vel potius
terni testamenti pars sit. Unde nihil impedit, quod generalit
sancitum, matri omninò legitimam relinquendam esse: quonia
hoc verum est, quando ipsi liberi testantur, *d. N. 15. c. 4.* non qu
do pater ipsis testamentum facit, per *d. l. 8. §. 5. ff. de inoff. test.* I
ad rem facit distinctio *Menoch. 4. præsumt. 38.* ut excludatur e
dem mater à legitima quoad bona patris, non quoad bona filii. N
uti distinctionis hujus nulla solida est ratio, ita nec ullum reme
um, quo legitimam prosequi mater possit. *Fach. d. lib. 4. co*
*42.* Adde *Coras. ad d. l. precibus. 8. C. de impub. & al. subst. n.*
*Bocer. class. 2. D. 5. th. 85.* Æquitatem tamen meram si intuean
fortassis affirmativa nō improbabilis videri possit, per ea quæ po
lios allegatos habet *Harpr. ad d. pr. de pupill. subst. n. 47. & seqq.*
cundo limitant reg. quod expressa vulgaris contineat tacitam
pillarem, ut non procedat, si voluntatem testatoris refragari vel
verbis, vel conjecturis aliis appareat. V. gr. si testator in sub
tutione vulgari utatur verbo *tantùm vel duntaxat*: puta, instituo
lium meum impuberem, & eo tantùm casu, quo heres non erit,
jum substituo. Hic enim non continebitur tacita pupillaris,
pote, quam particulâ istâ *tantùm* satis exclusisse testator intelli
tur. Sic quoq; si testator instituto pupillo, Cajum substituat
ne testamentum suum reddatur caducum, satis apparet, hoc sol
egisse testatorem substitutione ista, ut hereditas ex testamento
adiretur, adeoq; tacitam pupillarem includere noluisse. Ide
dicendum, si testator filio impuberi in utrumq; casum providisse
puta filium meum heredem instituo, eiq; si heres non erit, Caju
si verò heres erit & intra pubertatem decesserit, Sejum substit
Nam & hic, cum in quemlibet casum substitutus datus sit, mer
alter casus in altero non continebitur, *arg. d. l. 4. §. sed si. 2. vers.*
*itaq;.* Præterea si forte substitutio vulgaris facta fuerit dispari
filiis, quorum unus pubes, alter impubes est, puta filiis meis si
redes non erunt, Titium substituo; ea tacitam pupillarem no
continebit. Cum enim tacita hæc pupillaris in persona pube

sul

subsistere nequeat, nec in impuberis locum habere poterit: quippe determinatio ista, si heredes non erunt, ad utrumq; heredem æqualiter porrigenda est, *l, quamvis. 4. C. de impub. & al. subst. Zas. d. c. 1. vers. Sextus effectus.* Superest tertius & ultimus effectus vulgaris substitutionis, quod ea ex herede suo & necessario voluntarium efficiat. Eo ipso enim dum testator filio in potestate constituto alium substituit, in casum si heres non erit, simul liberam potestatem eidem dedisse intelligitur, utrum adire, an repudiare hereditatem velit, ita ut non tantum de jure Prætorio, sed etiam civili jus abstinendi habeat, ut docet *Zas. d. c. 1. vers. Quartus effectus, & Schneid. ad pr. Inst. de vulg. subst. n. 12. in f.* Hinc quæritur, an ergo vulgaris substitutio filio in potestate existenti facta, jus suitatis ejusq; effectus impediat? Affirmat post alios à se allegatos *Nicol. Voalis de transmiss. cas. 8. n. 44. & Fachin. 4. contr. 71.* hoc præcipuo fundamento, quod suitas, vel jus sui heredis hunc operetur effectum, ut filius ipso jure heres esse intelligatur, & hereditas in eum continuari videatur, cui effectus vulgaris substitutionis, ut si ipse heres esse nolit, vel non possit, substitutus heres existat, maximè repugnet *arg. l. si filius. 16. ff. de liber. & posth.* Verùm contraria opinio videlicet vulgarem substitutionem jus Suitatis ejusq; effectus non impedire verior est, (1) per *l. un. §. in novissimo. 5. juncto. §. cum autem 13. C. de caduc. toll.* ubi substitutus ita demum admittitur, si nemo sit ad quem transmitti hereditas non adita possit. Unde necessariò concluditur, substitutionem vulgarem in suo non operari in casum impotentiæ, sed noluntatis & abstinentiæ, adeoq; transmissionem aliosq; suitatis effectus non tolli, vel impediri. Deinde quoniam nec abstentionis beneficium à Prætore suis concessum suitatis jura tollit, *l. ex contractu. 44. ff. de re judic. & l. paterfamil. 28. ff. de bon. auth. jud. poss.* Ergò nec verba illa in vulgari substitutione, si heres non erit, quæ nihil aliud quàm liberam abstinendi facultatem tribuere videntur. Deniq; quia vulgaris substitutionis effectus est, ut eâ sibi testator prospiciat, ne absq; herede decedat, *d. l. un. pr. C. de caduc. toll.* non verò ut liberis noceat vel præjudicet, *arg. l. 3. ff. de test. milit. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 6. n. 11. Don. 6. comm. 24. Bach. ad Treutl. vol. 2.*

*D. 11.*

*D. 11. th. 7. lit. E.* Non obstat fundamentum pro affirmativâ allatum; quoniam responderi potest, vulgarem substitutionem in suo herede non operari in casum impotentiæ, sed tantum abstinentiæ, adeoq; si is forte heres esse non potuerit, jus transmissionis & similes suitatis effectus per eam minimè tolli vel impediri, ut supra dictum. Neq; resistit *d. l. 16. ff. de lib. & posth.* Respondetur enim ibi substitutionem vulgarem non hoc operari, ut suitas tollatur, quod frustra ex ea extruere conatur *Bart.* sed hoc tantum, ut filius interim mortuus præterito posthumo, non possit videri heres ab intestato fuisse, quoniam substitutus testamentum sustinet, neq; potest ab eo filius extitisse heres, cujus jus propter incertum posthumi nasciturí eventum in pendenti est, ut pluribus persequitur *Ant. Fab. dec. 32. err. 8.* Minus movet, *l. verba hac. 12. ff. de condit. instit.* ubi dicitur, hæc verba, si volet, heres esto, in necessario herede condicionem efficere, ut si nolit, heres non sit. Nam ibi nihil aliud quam necessitas adeundi tollitur, non autem suitas, quæ ab eâ planè diversa est, ut patet *ex §. sui autem. 2. Inst. de heredum qua lit. & diff.* & rectè monet *Bach. d. loco.* Alii substitutioni vulgari ferè nullum hac in re effectum tribuunt, adeoq; per eam ex necessario herede voluntarium fieri negant, quasi institutus, qui vulgariter substitutum habet, facultatem hanc non à testante consequatur, sed à Prætore, qui suis heredibus abstinendi potestatem fecit, *d. §. 2. de heredum qual. & diff. l. necessariis 57. ff. de adquir. vel omitt. hereditate,* & testator substituendo, si heres non erit, in in eum casum substituisse videtur, quo filius suus beneficio Prætoris abstinuerit. *Coras. 1. misc. 2. inf. Ant. Fab. Dec. 32. err. 6. & 2.* quos sequi videtur *Treutl. d. th. 7. lit. E.* Sed contrarium ex *d. l. 12. de condic. instit.* haud obscurè colligitur in qua, dum his institutionis verbis, si volet, voluntarium fieri traditum est, de substitutione vulgari, quæ condicionem istam tacitè continet, idem omninò dicendum videtur: non obstante beneficio Prætoris, quod hoc casu, ubi testator jus repudiandi concedit, necessarium non videtur, per ea quæ habet *Bach. d. loco.* Nec movet, quod servus per vulgarem substitutionē non fiat ex necessario voluntarius. *arg. §. 1. Inst. de heredum qual. & differ. Vigl. Zuich. ad pr. Inst. de vulg.*

*vulg. subst. in f. Treutl. d. th. 7. lit. E.* Respondetur enim, vel imò & servum voluntarium fieri, *arg. d. l. 12. de condic. instit.* vel aliam rationem in servo, & aliam in fi iosam. esse, cum servi propterea necessarii heredes sint, ne domini defuncti injuria afficiantur, & ut bona heredis potius, quàm testatoris nomine vendantur, *d. §. 1.* Cui favori suo in dubio renunciasse credendus non est. Adde omninò *Bach. add. th. 7. lit. E.*

## III. Quod vulgaris substitutio evanescat, si hereditas ab herede instituto adita fuerit.

*l. post aditam. 5. C. de impub. & d. l. subst.* Ratio expedita est, quoniam vulgaris substitutio sub conditione ista facta est, si Titius heres non erit, Cajus heres esto; Ergò si Titius hereditatem adierit, adeoq; heres extiterit substitutionem tanquam deficiente condicione, extingui dicendum est. *Zas. d. c. 1. vers. prima: &c.* Aliam addit *Schneid. ad d. pr. de vulg. subst. n. 13.* quod hereditas post aditionem, ipsius heredis proprium efficiatur patrimonium, secundum *Gloss. in l. 1. §. veteres. 16. in verbo: per unum. ff. de adquir. & amitt. poss.* & consequenter testator in hunc casum tanquam de rebus jam alienis disponere non potuisset, contra *Auth. ingressi. C. de SS. Eccl.* Ampliatur hæc reg. (1) ut nihil referat, utrum jure Civili hereditatem adierit, an jure Prætorio bonorum possessionem agnoverit, *arg. l. puberem. 12. & l. seq. C. de jur. de lib. juncta d. l. 5. C. de impub. & al. substitut.* Deinde ut licet plures substitutionis gradus facti fuerint, tamen primo herede adeunte omnes extinguantur, *arg. l. si mater. 33. §. 5. ff. de vulg. & pupill. subst.* ut ita quod in uno dictum est, etiam in pluribus seqq. decisum intelligatur, *arg. l. si finita. 15. §. cum autem. 18. ff. de damn. infect. Zas. d. loco.* Limitatur autem (1) ut non procedat, si heres post aditam hereditatem, intra annum defuncti voluntatem non impleverit. Tunc enim lex hereditatem aufert, & substituto, qui de implenda voluntate defuncti cavet, applicat *Auth. Hoc amplius C. de fideicomm. N.*

*1. c. 1.* Ratio est, quoniam, quem lex privat, is nunquam habuisse remedium intelligitur, ut ex *Gloss. notat. Zas. d. loco.* (2) Si pluribus heredibus institutis substitutus datus fuerit. Nam tum non statim uno hereditatem adeunte, in reliquis non adeuntibus expirat vulgaris substitutio, *arg. l. ex duob. 34. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit.* Quod verum est, si unicuiq; heredum separatim facta sit substitutio: puta Titium, Cajum & Sempronium heredes instituo, Titio Mœvium, Cajo Sejum, & Sempronio Octavium substituo; quo casu vera est limitatio, & Titio adeunte quoad Cajum & Sempronium non adeuntes non extinguitur substitutio. Quod si verò conjunctim facta fuerit substitutio, veluti Titius Cajus & Sempronius heredes sunto, & si ipsi non erunt, Sejus heres esto, non aliter expirat vulgaris substitutio, quàm si omnes heredes instituti defecerint, *arg. l. si heredi. 5. ff. de condic. institut.* Adde *Harpr. ad §. ult. de vulg. subst. n. 30.* (3) Deniq; si aditio per restitutionem in integrum rescindatur; puta si minor hereditatem adeat, & adversus aditionem restitutionem in integrum impetret; quo casu nihilominus admitti substitutum volunt. *arg. l. ait Prætor. 7. §. sed quod Papinianus. 10. ff. de minor. ibiq; Costal. & arg. l. 2. §. ego etiam. 3. ff. de vulg. & pupill. substit. Zas. d. loco. Don. d. lib. 6. com. 24. Fachin. 4. comm. 73. Ant. Fab. 3. conject. 4. & Treutl. d. th. 7. lit. F. & Dd. comm.* Verùm contraria opinio videlicet substitutionem per aditionem semel extinctam, restitutione postmodum concessa, vires non resumere, juri nostro Civili magis convenire videtur. (1) per textum satis perspicuum *in l. ult. ff. de success. Edict.* ubi negatur gradui sequenti jus petendæ bonorum possessionis, si prior eam accepit, licet propter ætatis beneficium postea abstinuerit. Et quamvis *Ant. Fab.* id speciale esse velit in successione legitima, in qua necesse non sit, hereditatem cum effectu agnitam esse: tamen id recipi haud potest, cum *d. l. ult.* de successione Prætoria agat, quæ magis veritate quàm subtilitate nititur: & Prætor eum tantùm pro herede habet, qui actu & cum effectu bona possidet, cum jure Civili interdum & nudo tantùm nomine heredes reperiantur, *§. restituta. 3. Inst. de fideicomm. hereditat. cum simill.* (2) probatur hæc opinio per alium textum in *d. l. 7. §. 10. de minorib.* ubi sententia Papiniani, quod

quod si minor, cui servus proprius substitutus est, post aditionem abstinuerit, substitutus nec heres, nec liber efficiatur, tantùm eô casu limitatur, quo hereditas solvendo non est: quæ exceptio regulam in casibus non exceptis confirmabit; Frustra regerente *Ant. Fab. d.loco.* quasi id speciale sit in ser o substituto, qui, nisi tempore mortis ipsi deferatur hereditas, nullo modo necessarius heres esse possit. Nam nec JCt. hac ratione utitur, sed eâ potius, quod per aditionẽ semel exclusus substitutus amplius admitti non possit; & ratio ipsa Fabri falsa est, ut benè ostendit *Bach. d. loco. & lib. Disp. miscell. c.20. pag.276.* Deniq; pro hac opinione affertur, *d.l.5.C. de impub. & al. substit.* ubi aditione evanescit vulgaris substitutio: non obstante eo, quod Dd. id verum existiment tantùm de aditione durante, ut notat *Bach. d. loco.* Nam hoc κρινόμενον est, & notum aliàs quoq; Jure Civili, eum qui semel heres est, heredem esse non desinere, *l. ei qui. 88. ff. de heredib. instit.* licet nudo tantùm nomine heres maneat, *arg. d. §. 3. de fideicomm. hereditatib.* Nec quicquam contrariam opinionem juvat, *d. l. 7. §. 10. de minor.* utpote quæ secundum veriorem intellectum, firmissimũ potiùs argumentum sententię negativæ præbet, ut apparet ex iis quæ modò dicta sunt. Sic quoq; parùm movet *d. l. 2. §. 3. de vulg. & pupillar. substit.* ubi restitutio contra repudiantẽ confirmat secundas tabulas: Ergo restitutio cõtra adeuntem, vulgarem etiam confirmare debet, ut colligit *Zas. d. loco.* Respondetur enim illationem fieri à planè separatis, & aliã esse rationẽ restitutionis contra repudiantẽ, aliam contra adeuntẽ: illo casu minore restituto & hereditatẽ adeuntẽ, testamentũ confirmari & conseq. pupillares tabb. quas partem parentis testamẽti esse constat *ex §. liberis. 5. Inst. de pupill. substit.* hoc verò, substitutione per aditionem semel extinctã, per eam restitutionem in favorem minoris factam vires non recipere, *arg. d. l. 7. §. 10. de minor.* Præterea nihil ad rem facit ratio, quam *Donell.* adducit, quod ad excludendum vulgarem substitutum necessarium sit, hereditatem cum effectu aditam fuisse, nec verbum heredis, de nuda existentia ejusdem accipi posse. Responderi enim potest, aliam esse nudam heredis existentiam, aliam aditionem hereditatis revera factam, quæ licet postea per restitutionem rescissa quodammodo sit, benefici-

um tamen Prætoris rei veritatem tollere non potuit nec id quod in favorem minoris introductum ad alterum porrigere. *Harpr. ad d.* 45 *§. ult. n. 28. & 29. Bach. d. loco.* Sed an hereditas hæc, substituto deficiente, fisco, an heredibus ab inteſtato deferenda erit? Et pro fisco pugnat *Cujac. ad d. l. 7. §. 10. de minor.* tum quia inteſtatus non decedit, qui heredem ex teſtamento habet, licet is ad abſtinẽdum in integrum reſtitutus fuerit: tum per textum in *d. l. ult. ff. de succeſſ. Edict.* Pro heredibus reſpondet *Duar. d. c. 10. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* cujus opinioni, tanquam humaniori & nos accedimus, cum in dubio contra fiſcum reſpondere tutius ſit, ut ſupra quoq; diximus *ex l. 10. ff. de jur. fiſc.* Nec obſtant fundamenta *Cujac.* quoniam ad (1) reſponderi poteſt, imò inteſtatum interdum decedere & eum, qui heredem ex teſtamento habuit, ſi poſteà per beneficiũ aliquod aditio reſciſſa fuerit: quemadmodum & per inofficioſi querelam, & bonorum poſſeſſionem contra tabb. inteſtatum quem effici conſtat ex *l. ut liberis. 17. C. de collat.* Ad poſterius dicendum videtur, ſpecialem ibi caſum eſſe, quo jam ſemel ſucceſſioni ab inteſtato locus fuit: Sed in *d. l. 7. §. 10. de minor.* de ſubſtitutione, adeoq; de ſucceſſione teſtamentaria tractari: quia deficiente ratio fit, ut legitimæ fiat locus, & tandem fiſco: cum congruum non videatur, ut in ejusdem hominis hereditate bis locum habeat ejusdẽ generis ſucceſſio, ut rectè *Bach. ad d. th. 7. lit. F. in f. & diſput. miſcell. c. 20. p. 228.*

## Pupillaris ſubſtitutio, vel vera eſt, vel quaſi.

*Pr. & §. 1. Inſt. de pupill. ſubſtit. l. 9. C. de impub. & al. ſubſt. Vult. ad pr. Inſt. de vulg. ſubſt. n. 7. & Gœdd. ad l. in vulgari. 162. ff. de V. S. Treutl. ad D. 11. th. 8. lit. A.*

## Vera eſt quæ fit à parente liberis impuberibus & in poteſtate conſtitutis, in eum caſum, ſi heredes erunt, & intra pubertatem deceſſerint.

*d. pr. Inst. de pupill. subst. & l. 5. ff. de vulg. & pupill. subst.* Dicitur ea pupillaris, quia fit pupillis, id est iis, qui morte patris sui juris futuri sunt, *l. pupillus. 239. ff. de V. S. Vigl. ad d. §. rubr. de pup. subst. n. 5. ibiq. Vult. & Harpr. n. 1. Don. d. lib. 6. comm. c. 25. & ibi Hillig. lit. D.* Introducta autem est contra ll. 12. tabb. morib. *d. l. 2. ff. de vulg. & pupill. subst. Don. d. c. 25.* non Lacedæmoniorum, ut putat *Gloss. ad d. l. 2. Vac. à Vacun. 4. declar. 63. n. 1.* Sed populi Romani, ut recte *Vigl. ad d. pr. n. 23. Hillig. ad Donell. d. c. 25. lit. B. Treutl. d. th. 8. lit. A. ibiq. Bach.* Rem ipsam quod attinet, definitio desumta est à causa efficiente, Subjecto & forma. Efficiens est parens, *arg. d. pr. de pup. substit.* non tamen quivis, sed pater tantùm vel avus paternus, qui liberos in potestate habet, *d. pr. & d. l. 2. ff. de vulg. & pupill. subst.* Subjectum sunt liberi, *d. pr. l. 1. & l. 2. ff. d. t.* non extranei. *§. fin. Inst. eod. t.* adeò ut extraneo facta, ne in vim quidem fideicommissi valeat, *arg. d. §. ult. Hunn. 2. var. resol. tr. 6. q. 9.* Liberis autem omnibus rectè pupillariter substituitur, tam fœminis, quam masculis, *§. pen. Inst. d. t. & l. 2. ff. eod.* tam nascituris sive posthumis, quam jam natis, *§. non solum. 4. in f. Inst. d. t. l. 2. pr. ff. eod. t.* quoniam posthumi, pro jam natis habentur, quoties de commodo eorum agitur, *l. qui in utero. 7. & l. pen. ff. de stat. hom.* quemadmodum hic de commodo illorum agi, ne pupilli intestati decedant, patet *ex fin. d. pr. de pup. subst.* & docet *Duar. ad d. t. de vulg. & pup. subst. c. 12. & c. 14. vers. excipitur posthumus.* Nec refert instituti sint, liberi, an exheredati, cum & exheredatis substitui posse constet *ex d. §. 4. l. 1. §. 2. l. sed si. 10. §. ad substitutos. 5. ff. d. t.* Quamvis enim hoc casu propriè & strictè loquendo non tam substitutio, quam primo gradu facta videatur institutio, ut notat *Eguin. Bar. Ant. Matth. & Bach. ad d. §. 4.* non absurdè tamen substitutio dici potest, relatione habita ad institutionem in testamento patrio factam, à qua tanquam pars quædam & sequela dependet. *§. liberis. 5. Inst. d. t.* Nec movet quod nihil relinqui possit ab eo, cui nihil in testamento datum est, *l. sed et si. 6. in fin. ff. de leg. 3. l. ab eo. 9. C. de fideicomm.* at hic non tantùm nihil datum, sed etiam id quod ipso jure debebatur per exheredationem ademtum est, *arg. l. in suis. ff. de lib. & posth. & l. cum quidam. 24. C. de legat.* Respon-

detur enim aliud esse, ab exheredato aliquid legare, vel relinquere, aliud ei heredem substituere: qui legat ab aliquo, ei detrahit, quod alteri adjiciatur, *arg. l. legatum. 116. pr. ff. de legat. 1.* qui verò substituit impuberi exheredato, ei adjicit, dat enim heredem; quæ ut dissimilia sunt, ita etiam utilitate & effectu apertè distinguuntur, ut benè docet *Don. d. lib. 6. c. 25. & ex eo Arum. Ex. 8. th. 13.* Et hæc jure antiquo expedita sunt, quo testamentum parentum valebat ipso jure, sive instituti, sive exheredati liberi fuissent. *pr. Inst. de exheredat. liber.* Sed & novo idem dicendum est; si justa & in *N. 115. c. 3.* expressa exheredationis causa adjecta, eaq; probata fuerit: quo casu filium ab hereditate paterna repelli, & testamentum paternum, adeoq; & substitutionem pupillarem, tanquam accessorium ejus valere dicendum est. Imò etiamsi injustè exheredati, vel præteriti liberi fuerint adhuc tentari potest, testamento licet ipso jure nullo, substitutionem tamen pupillarem validam esse per *d. N. 115. c. 3. inf.* ubi non legata tantùm & fideicommissa, tutorum dationes & libertates, sed etiam quælibet alia capitula valere traditum est. Idem habetur in *Auth. ex causa. C. de liber. præter.* ibi: *cætera namq; firma permanent.* Quæ verba licet ad literam in *d. N. 115. c. 3* non extent, sensu tamen inesse, negari haud potest, adeoq; frustra ea ab Irnerio adjecta post *Covarruv. putat Harpr. ad d. §. 4. de pup. substit. n. 9.* Facit quod pupillaris substitutio in favorem pupilli à patre facta, *l. Julianus. 42. ff. de adquir. vel omitt. hereditat.* ab ipso infirmanda non sit, *Gloss. & Bart. Jas. in d. Auth. ex caus. C. de liber. præter. & Dd. Comm. Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 54. n. 2.* Non obstat, quod testamento paterno corruente, nec filii, sive substitutio pupillaris valere possit. *d. §. liberis. 5. inf. Inst. de pup. substit. Bach. ad Treutl. d. th. 8. lit. E.* Responderi enim potest, id verum esse quoad jus antiquum, quo testamentum ob præteritionem filii nullum totum corruebat, ita ut nihil ex eo deberi possit, *pr. Inst. de exhered. liber. l. filio. 17. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* aliud verò dicendū jure novissimo, quo hoc tantùm egit Impr. Ut injuriam præteritionis vel exheredititionis à liberis averteret. *d. N. 115. c. 5.* reliquis in testamento relictis salvis. *d. N. 115. c. 3. inf.* Cum itaq; substitutio pupillaris non ad injuri-

injuriam impuberis, sed favorem potius ejus respiciat, ut supra dictum, concludendum omninò videtur, substitutionem hanc pupillarem, etiam corruente testamento paterno, favorabiliter sustineri posse, *arg. d. Anth. ex causa & d. N. 115. c. 3. & 4. in f.* Neq; enim simpliciter & in totum hoc testamentum hodie nullum est, sed quoad institutionem heredis, quæ nocere & præjudicio liberis esse nō potest. Unde facilè quoq; patet, aliam rationem vulgaris, aliam pupillaris substitutionis esse. Nam illa succedit in locum institutionis, adeoq; filio æquè præjudicat; hæc verò separata hactenus à testamento paterno est, ut sive valeat illud, sive non, filio non noceat, sed ipsius potius favorem concernit, *d. l. 42. ff. de adquir. vel omitt. hereditat. Clar. d. q. 54. n. 2. Don. d. c. 25.* Adde *Bach. ad pr. Inst. de inoff. test. n. 8.* ubi rectè monet in *d. N. 115. c. 3.* substitutionem eam tantùm irritam esse, qua pater sibi; non qua pupillo heredem fecit, *arg. d. l. 42. ff. de adquir. vel omitt. hered.* Ad hoc tamen, ut liberis pupillariter substitui possit, duæ qualitates requiruntur, quarum prima est, ut liberi sint impuberes; masculi. 14. fæmellæ 12. annum nondum impleverint, *arg. pr. Inst. quib. mod. tut. fin. & l. 5. ff. qui testamentum facere possunt. Zas. d. tr. subst. c. 2. vers. Secundum requisitum.* Nam puberibus hoc modo substitui nequit. *§. fin. Inst. d. t. de pupill. substit.* ne, qui ipsi testari possunt, testamenti factione priventur, *arg l. in pupillari. 14. ff. h. t. & pr. inf. Inst. eod. t.* Hic quærit *Bart. in l. 2. ff. d. t.* Si fortè statutò cautum, quod minor. 25. annis testari nequeat: qualia statuta in Italia esse ibidem testatur, an pater ejusmodi minori pupillariter substituere possit? Et negat ipse, eumq; secutus *Zas. d. c. 2.* adeò ut statutum tale, quod liberam testamenti factionem homini sanæ mentis tollit, non valere existimet, *arg. l. stipulatio. 61. ff. de V. O. ibiq. Gloss. & Dd.* Verùm quid de hac opinione habendum, haud obscurè colligitur ex iis, quæ supra in *part. gen. c. 2.* à nobis dicta sunt: ubi monuimus, statutis & consuetudine non tantùm restringi, sed etiam in totum jus testamentifaciendi tollere posse. Unde dicendum videtur in casu statuti testamentifactionem ad annum 25. restringentis, patrem si non propriè pupillariter, (quomodo enim posset pupillariter substituere ei, qui pupillus non est?) tamen

tan-

tanquam minori, eodem jure & effectu rectè substituere. Altera qualitas liberorum est, ut sint in potestate parentum, *d. pr. Inst. de pupill. substit. & d. l. 2. ff. eod. t.* Inter alios enim patriæ potestatis effectus & hic est, quod pater liberis, qui ipsimet testari nequeunt, pupillariter substituere possit, *d. pr. de pupill. subst. in f.* Excluduntur igitur à substitutione hac liberi naturales ( nisi fortè legitimati fuerint, *arg. §. fin. Inst. de nupt.* ) emancipati & naturales ac legitimi ratione matris, quos omnes ut in potestate non esse constat, *pr. Inst. de patr. potestate. §. fœmina. 10. Inst. de adopt.* ita nec pupillariter iis substitui posse, expeditum est. *arg. d. pr. de pup. subst. & d. l. 2. pr. ff. eod. t.* Tantùm de matre difficultatem movet, *l. si mater. 33. ff. h. t.* ubi matrem filio impuberi pupillaribus tabulis substituere posse scriptum est. Et *Valent. Rimer. ill. Q. Dec. 6. q. 6. textum d. l.* ad matrem, quæ liberos ex indulgentia Principis in solatium liberorum amissorum arrogavit, juxta *d. §. 10. de adopt.* quasi ea & liberos in potestate habeat, *arg. pr. & §. illud. 11. Inst. d. t.* & conseq. etiam pupillariter iis substituere possit. Sed hæc interpretatio, uti divinatoria videtur, cum nullum de arrogatione vel adoptione in *d. l. 33.* extet vestigium; ita nec textui satis conveniens est, ut ex seqq. facilè apparebit; & præterea *ex d. §. 18. de adopt. & l. mulierem. 5. C. eod. t.* satis refellitur, in quibus constitutum est, ut liberi à matre ita arrogati perinde atq; ex ea progeniti, ad vicem naturalium & legitimorum habeantur: quos utiq; in potestate non esse expeditum est, *d. §. 10.* Dicendum igitur in *d. l.* non pupillariter, sed vulgariter tantum matrem substituisse, in eum, videlicet casum, si heres non erit, *arg. pr. de vulg. substit.* appellari tamen tabulas pupillares, tum ratione objecti, quoniam impuberi sive pupillo factæ; tum quia effectu in eum casum conceptæ sunt, quo impubes filius ante pubertatem decesserit, ut rectè *Bach. ad d. pr. n. 1. ibiq. Vult. n. 5. Don. d. lib. 6. c. 25. & ibi Hillig. in not. lit. L. Adde Vigl. Zuich. ad d. pr. de pup. subst. n. 6.* Statutis tamen quin & mulieribus facultas pupillariter substituendi concedi possit, dubitandum non est, *arg. §. pen. Inst. de jur. nat. gent. & Civ.* Quemadmodum jure Norico cautum, ut matres & liberis impuberibus substituere possint, saltem in bonis quæ ipsis testamento reliquerunt. *Reform. Noric. tit. 30. §. ult.*

§. *ult.* Non autem satis est liberos in potestate esse, sed etiam primum in potestate gradum sive locum obtinere, adeoq; sui esse debent: his enim solis pupillariter substitui posse expressum est, in *d. l. 2. pr. ff. h. t.* Unde & nepotibus, pronepotibus, & cæteris deinceps, si in potestate sint, & nemo eos præcedat, rectè pupillariter substituitur, *arg. §. sui autem. 2. Inst. de hered. qual. & diff.* Imò etsi patres præcedant, modo instituti, vel ex heredati fuerint, ex L. Velleja iis pupillariter substitui potest, *d. l. 2. pr. ff. h. t.* Sed hic dubium incidit, quo tempore necessum est, ut impuberes sui sint & in potestate, utrum tempus mortis testatoris sufficiat, an etiam testamenti condicio sive substitutionis tempus requiratur? *Et Gloss. Bart. & Dd. magis comm.* putant sufficere, si mortis tempore in potestate fuerint, per textum in *d. l. 2. inf. pr. ff. h. t.* ubi etiam extraneo impuberi (qui utiq; testamenti facti tempore in potestate non fuit) rectè pupillariter substituitur, si modo in locum nepotis adoptatus vel arrogatus fuerit. *Bach. add. pr. de pupill. subst. n. 2.* Verùm contrariam opinionem, videlicet requiri, ut etiam tempore testamenti vel potius substitutionis in potestate impuberes fuerint, magis probat, *Vigl. ad d. pr. n. 7. Coras. ad l. quamvis. 4. C. de impub. & al. substit. n. 2. Don. d. c. 25. ibiq. Hillig. in not. lit. N.* tum per *d. pr. de pup. subst.* ubi dicitur patrem liberis impuberibus substituere posse, quos in potestate habet, verbis in tempus præsens substitutionis collatis; non in futurum, quos habebit: tum per *l. coheredi. 41. §. cum filia. 2. ff. d. t.* ubi particula (quoq;) haud abscurè innuit, præter tempus mortis etiam aliud, substitutionis videlicet, ad validitatem ejus requiri: tum deniq; *arg. l. si alienum. 49. §. 4. ff. de heredib. instit. & §. in extraneis. 4. Inst. de heredum qual. & differentia.* ubi in heredibus instituendis duplex tempus inspicitur; testamenti facti, ut constiterit institutio: & mortis testatoris, ut effectum habeat: Ergo idem dicendum est in substitutionibus, & tam substitutionis tempus, ut consistat, quàm mortis, ut effectum sortiatur, inspiciendum erit. Quamvis enim alia institutionis, alia substitutionis videri possit ratio; cum & is qui filio suo etiam postea facto substitutus est, capax sit hereditatis, *Bach. d. n. 2.* quoad filium tamen id quoad præsens negari non immeritò potest, quo-

niam patria potestas ad formam substitutionis pupillaris pertinere videtur, *arg. d. pr. & d. l. 2. ff. h. t.* adeoq; eo tempore intervenire debet, qu testamentum conditur, *arg. l. heredes. 21. §. 1. ff. qui test. fac. poss. Harpr. ad d. pr. n. 14.* Non obstat *d. l. 2. in f. pr.* quoniam responderi potest, verba ista dubia esse, nec constare, an in futurū, an præteritum concepta sint, conseq. eam recipiendam interpretationem, quæ vitio caret, *arg. l. in ambigua. 19. ff. de legibus.* Si adoptaverit, vel arrogaverit, scilicet non post substitutionem, sed ante eam. *Donell. d. c. 25.* Extraneus enim impubes ibi dici videtur is, qui suus natus non est, sed cum extraneus esset, postea per arrogationem suus effectus est, ut rectè *Vigl. ad d. pr. n. 8.* Sic quoq; non resistit *textus in d. l. 41. §. 2. ibi: aut post testamentum cœpit tenere.* Respondetur enim verba ista non hunc habere sensum, quasi avus etiam nepoti, qui post testamentum factum in potestatem venit, pupillariter substituere possit, sed de nepote ex filio adhuc vivente loqui, qui tempore conditi testamenti in potestate fuit, *arg. §. ult. Inst. de patr. potestate.* Postea autem mortuo patre locum filii in successione tenere cœpit, ut rectè *Harpr. ad d. pr. n. 27.* Præterea & illud in controversiam vocatur, utrum si fortè medio tempore filius ex potestate exierit, & ante obitum testatoris in potestatem redierit, nihilominus valeat pupillaris substitutio? Nam extinctam hac ratione substitutionem existimant nonnulli, relati à *Gilken. in l. 5. n. 38. & n. 40. C. d. t.* quasi ad illam casum venerit, à quo incipere non potuerit, *arg. l. existimo. 98. & l. pluribus, 140. §. 2. ff. de V. O. l. 3. §. ult. ff. de his quæ pro non script.* Sed verius est, defectum patriæ potestatis medio tempore non nocere, sed satis esse, si substitutionis & mortis tempore in potestate impuberes fuerint, *arg. d. §. 4. Inst. de heredum qual. & diff. & d. l. 49. §. 1. ff. de heredib. instit.* ubi mutationem juris medio tempore factam heredi non nocere expressè scriptum est. Nec obstat, quod pervenerit substitutio ad eum casum, à quo incipere non potuit: quoniam respondet *Paul. lib. 6. Quæst.* non esse novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet casus ille extiterit, à quo initium capere non potuerunt. *l. in ambiguis. 85. §. 1. ff. de reg. jur. ibiq. Gloss. Dec. Cagnol. & Dd. comm.* qui varios ejusmodi casus recensent: quamvis in hoc no-

stro

ftro casu ad eum casum à quo incipere non potuit substitutio, pervenire non videatur, cum filius post substitutionem factam emancipatus, & iterum adoptatus, nunquam è familia translatus, sed semper potestati patris subjectus fuisse intelligatur, *arg. d. §. 4. de heredum qual & diff. & d. l. 49. §. 1. ff. de heredib. instit. Harpr. ad d. pr. de pupill. subst. n. 30.* Superest forma, quæ in casu secundo sive pupillari consistit, puta si heres erit, & intra pubertatem decesserit. *d. pr. & l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* ubi notandum exemplum ab *Imp. ind. pr.* allatum, non simplicem pupillarem, sed mixtam vulgarem cum pupillari continere, *arg. d. l. 1. §. 1. Accurs. & Theoph. ad d. pr. de pupill. substit. ibiq. Vigl. n. 9.* Quæ forma simul & finem hujus substitutionis tacitè continet, ut parens non sibi tantùm, sed & filio testamentum faciat, adeoq; nec filius, qui ipse nondum testari potest, intestatus decedat, *§. igitur. 2. Inst. d. t.*

## Est autem hæc substitutio vel expressa vel tacita: Illa quæ expressè in casum pupillarem; hæc quæ impuberi in casum vulgarem facta est.

Diximus supra ad Reg. 1. vulgaris substitutionis hanc divisionem utriq; tam pupillari, quam vulgari communem esse: quippe expressa pupillaris tacitam vulgarem, & vice versâ expressa vulgaris tacitam pupillarem continet, *l. 4. ff. d. t. de vulg. & pupill. subst. l. ult. C. de instit. & substit. l. 4. C. de impub. & al. substit.* V. gr. si quis filio impuberi substituerit, si heres erit, & intra pubertatem decesserit, licet heres non fuerit, substitutus nihilominus ex præsumta testatoris voluntate admittitur, quasi & in hunc casum vulgarem substituere testator voluerit, *d. l. 4. §. 2. ff. h. t.* Adde omninò *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 11. th. 8. lit. F.* Et contra si impuberi vulgariter, si heres non erit, parens substituerit, licet heres fuerit, & intra pubertatem decesserit, tamen substitutus admittendus est, quoniam & in hunc casum saltem tacitè testator prævidisse intelligitur, *d. l*

 *4. ff.*

*4. ff. h. t. Zas. d. tr. c. 2. vers. secundi membri. Schneid. ad d. pr. de pupill. substit. n. 4. & Dd. comm.*

## Hic tres notandæ sunt regulæ.

Quemadmodum supra vulgaris substitutionis naturam tribus regulis comprehendimus, ita hic quoq; præmissâ definitione & divisione idem facere conabimur, ut 1. Reg. ad modum. 2. ad effectus. 3. ad contraria pupillaris substitutionis pertineat.

**I. Est, quod parens primò sibi testamentum facere, deinde filio substituere debeat: Sive nominatim, sive generaliter: sive novissimo sive singulis liberis substitutio facta fuerit.**

Modus igitur pupillaris substitutionis præter ea, quæ supra in definitionis explicatione dicta sunt, consistit (1) in connexitate & dependentia, ut parens filio testamentum facere non possit, nisi & sibi fecerit, *l. 2. §. quisquis 1. ff. de vulg. & pupill. subst.* accessorium enim sine principale esse, & subsistere nequit, *l. 2. ff. de pecul. legat. l. nihil dolo. 129. §. 1. ff. de R. J.* Excipitur miles, quem & soli filio substituere posse colligitur ex *d. l. 2. §. 1.* (2) in ordine, ut parens primò sibi, deinde filio impuberi testamentum faciat. *§. liberis. 5. Inst. de pupill. substit. d. l. 2. §. prius autem. 4. ff. eod. t.* neque enim scripturæ ordinem invertere debet, *d. l. 2. §. 4.* Quod verum est, si primùm sibi, deinde aliâ rursus horâ filio legitimis adhibitis testibus testamentum fecerit, secundum *l. si quis. 16. §. 1. ff. d. t.* vel aliàs ex intervallo scripturæ sequatur substitutio, *arg. d. l. 2. §. 4.* Nam si conjunctim facta fuerit institutio & substitutio, puta si filius meus intra 14. annum decesserit, SEIUS HERES ESTO: deinde filius heres esto, valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum

mentum fecerit, *d. l. 2. §. sed si quis. 5. ff. d. t. ibiq. Jas. Vigl. ad d. §. 5. de pup. subst. n. 4. ibiq. Bach.* Adde *Don. 6. comm. 25.* (3) ut substitutio fiat vel nominatim, vel generaliter. Nominatim; veluti filius meus heres esto, & si intra pubertatem decesserit, Titius heres esto. Generaliter; ut quisquis mihi heres erit, idem filio meo, si impubes decesserit, heres esto, *§. substituitur. 7. Inst. d. t.* Ubi *Imp.* generalis hujus substitutionis tria specialia sive singularia proponit. (1) quod filio impubere mortuo per hanc substitutionem ii tantùm vocentur, qui à testatore vocati & scripti heredes sunt. Unde neq; pater, qui per filium, neq; dominus qui per servum vocatur, si fortè filius vel servus ante casum pupillaris substitutionis evenientem, ex potestate exierint, filio impuberi heredes efficientur, *l. 3. l. qui liberis. 8. §. 1. ff. h. t.* Sed neq; heredis heres admittendus erit, cum & hic, licet aliàs testatoris heres esse intelligatur, *l. 3. ff. de hereditat. petit. l. si quis. 7. §. f. ff. de adquir. vel omitt. hereditate. l. heredis. 65. ff. de V. S.* tamen à testatore vocatus, vel in testamento scriptus heres dici non potest, *d. §. 7. h. t. & d. l. 8. d. l. 8. §. 1. ff. eod. Vigl. Zuich. & Mynf. ad d. §. 7.* De universali fideicommissario dubitari potest, an is heredis scripti appellatione contineatur, adeoq; ad hereditatem impuberis admitti possit? Et *Angelus* quidem *Aretin. add. §. 7. n. 2.* post *Bart. in d. l. 8. §. 1.* à se allegatum (in quo tamen de fideicommissario nihil reperio,) id affirmat, quasi & is ex judicio defuncti veniat, *arg. §. 1. Inst. de fideicomm. heredib.* Contrà negat post alios *Vigl. ad d. §. 7. n. 2.* quoniam fideicommissarius, licet voluntatem defuncti habeat, heres tamen propriè non fit, sed potius is, qui rectô jure institutus est, *§. imprimis. 2. Inst. d. t.* qui etiam post factam restitutionem heres esse non desinat. *§. restituta. 3. eod. t. l. ei qui. 88. in f. ff. de heredib. instit.* Et hanc opinionem etiam crebrius ab *Interpp.* probatam, & æquiorem quoq; esse ibidem docet, ne heres nimium gravetur, sed ut ipse etiam emolumentum aliquod percipiat, *arg. l. unum. 67. §. si rem. 8. ff. de legat. 2.* Verùm ab *Angeli* opinione fortè temerè recedendum non est, cum heres directus nudo tantùm nomine heres maneat, commoda autem & incommoda hereditaria ad fideicomm. pertineant, quem magis, quam heredem directum dilexisse testator creditur, *arg. d. §. 1. Inst.*

*de fideicomm. heredib.* Secundum, quod singulare habet generalis hæc substitutio, est, quod nec omnes heredes scripti, sed ii tantùm, qui & heredes patri extiterunt, ad filii hereditatem admittantur, *d.* §. *7. Inst. d. t.* Unde si quis fortè ex scriptis heredibus paternam hereditatem repudiaverit, filio succedere non poterit, *arg. d. l. 8. ff. h. t.* Tertium singulare est, quod easdem partes, quas in institutione paternæ hereditatis habent, in substitutione quoq; habituri sint, *d.* §. *7. & d. l. 8.* §. *1. in f.* cum testator easdem partes, quas in institutione expressit, in substitutione quoq; dedisse intelligendus sit, *§. & fi. 2. Inst. de vulg. subst.* Et hæc penè omnia aliter se habent in substitutione nominatim facta, ut rectè monet *Vigl. ad d.* §. *7. n. f.* Quartò deniq; ad modum pupillaris substitutionis pertinet, quod testator qui plures liberos impuberes in potestate habet, vel singulis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substituere possit. §. *vel singulis. 6. Inst. de pupill. substit. l. vel singulis. 37. ff. eod. t.* Aut enim parens neminem liberorum intestatum decedere vult, & singulis substituere debet: puta primus filius meus heres esto, & si is intra pubertatem decesserit, Titius heres esto: Secundus filius meus heres esto, & si is quoq; impubes morietur, Sejus heres esto: vel brevius quisquis mihi heres erit, idem liberis meis impuberibus heres esto, *arg. d.* §. *7. de pupill. substit.* Aut mavult jus legitimarum hereditatum integrum inter liberos custodire, & ei substituit, qui novissimus eorum morietur, *d.* §. *6.* puta Primus, Secundus, Tertius filii mei impuberes heredes sunto; & ei, qui novissimus eorum intra pubertatem decedet, CAIUS HERES ESTO. *d.* §. *7. & d. l. 37.* Non obstat *l. Titia. 87.* §. *Seja. 2. ff. de legat. 2.* ubi Testatrix, per illa verba: qui ex vobis ultimus decesserit, fideicommissum induxisse, & legatarios invicem substituisse intelligitur. Responderi enim potest, id ex præsumtâ testatricis voluntate fieri, quæ dum fundum prælegatum, post obitum novissimi legatarii ad fideicommissarios integrum pervenire voluit, eo ipso etiam legatarios sibi invicem substituisse intelligitur: cum liberti ab intestato sibi invicem non succedant, nec alia ratione fundus prælegatus integer ad ultimum morientem pervenire, & fideicommissariis restitui possit. At in nostro casu ipso jure satis provisum est, ut uno ex liberis impuberibus

ribus mortuo hereditas ejus ad superstites, & tandem ad novissimum devolvatur, ut ita substitutionem ad hunc effectum inducere necesse non fuerit, ut ultimò morienti substitutus omnium bona in ejus hereditate reperiat. Adde *Vigl. Mynſ. Ant. Matth. & Bach. ad l. 6. de pup. ſubſtit.* Illud hic notandum. *textum d. §. 6. & d. l. 37.* accipiendum de eo casu, quo mater nulla superest. Nam si ea cum fratribus ab intestato concurrat, partem iis aufert, ita ut tota hereditas vel bona omnia ad substitutum pervenire nequeant, non tantùm ex *N. 118. c. 2.* sed etiam *ex §. ſed cum antea. 5. Inſt. de SCt. Tertull. & l. ult. C. eod. t.* tantùm in eo discrimen est, quod jure novissimo mater cum fratribus & sororibus defuncti germanis æqualiter succedat, consanguineos verò & uterinos omninò excludat. *d. N. 118. c. 2.* cum olim indistinctè fratres & sorores etiam consanguinei & uterini cùm matre admitterentur, & si sorores solæ concurrerent, mater dimidiam, alteram verò dimidiam omnes sorores haberent. *d. §. 5. & d. l. ult. C. de SCt. Tertull.*

II. Effectus pupillaris substitutionis præcipui sunt, quod pupillariter substitutus impuberi in omnibus bonis succedat, sive à patre, sive matre, sive aliunde provenerint: quod unum sit testamentum parentis & pupilli: & quod pater substituendo filio impuberi necessarium heredem facere possit.

Varii à Dd. recensentur hujus substitutionis effectus, adeò ut *Politus in tr. de ſubſtit.* 13. enumeret, referente *Zaſ. d. c. 2. verſ. quoad ſextum.* Sed nos tribus hisce tanquam præcipuis contenti erimus. Primus igitur est, quod impubere intra annos pubertatis mortuo, substitutus ejus heres efficiatur, *d. pr. de pup. ſubſtit.* ipsiq; succedat in omnibus ejus bonis, non solum iis, quæ tempore substitutionis habuit

habuit; sed etiam quæ postea quocunq; titulo ei obvenerunt, *l.10. l. sed si plures. 10. §. substitutos. 5. ff. de vulg. & pup. subst.* Idq; eò extenditur, ut etiam in substituto secundi gradus locum habeat. V.gr. pater filio impuberi substituit pupillariter primo gradu Titium, & huic vicissim, quandocunq; sine liberis decesserit, secundo gradu Cajum substituit. Si igitur Titius ante pupillum, & postea pupillus mortuus fuerit, omnia pupilli bona ad hunc secundum substitutũ pertinebunt: qui eo ipso dum primo substituto substitutus fuit, & ipsi pupillo substitutus intelligitur. *Zas. d. c. 2. vers. Secundus effectus.* Nisi forte utraq; substitutio tam prima, quàm secunda pupillaris fuerit: quo casu primo substituto ante heredem institutũ mortuo, pupilli bona ad secundum substitutum non pervenient. *l. qui habebat. 47. ff. d. t.* Exempli gratia pater duos filios impuberes habẽs, eorũ alterum heredem instituit, alterum exheredavit, eumq; impuberi instituto substituit: & huic vicissim, si intra pubertatem decesserit, matrem substituit. Si itaq; prior substitutus ante institutum impuberem & postea impubes obierit, mater quidem primi substituti bona capiet, instituti verò bona ad eam non pertinebunt, *per d. l. 47. ff. d. t.* Ratio est, quia filio exheredato & primo gradu substituto mortuo, substitutio ista effectum suum sortita est, adeoq; licet impubes institutus postea quoq; decedat, tamen ad ejus hereditatem mater non admittitur, cum impuberi instituto ipsa substituta fuisse non videatur, *Zas. d. loco.* Adde *Vigl. Zuich. ad §. sed si. 3. de vulg. subst. n. 5.* Huic primo effectus consequens esse videtur, quod pupillaris substitutus hereditatem paternam & pupillarem separare nequeat, sed vel utriusq; vel neutrius habere debeat, *d. l. 10. §. filio. 2. ff. h. t.* Idq; expeditum est, si filius paternæ hereditati se immiscuerit: tunc enim juncta cœpit esse hereditas, & unum utrorumq; bonorum factum est patrimonium. *d. l. 10. §. 2.* Quo casu tamen, si fortè substitutus per improvidam pupilli immixtionem læsus fuerit, ex persona populi in integram restitutionem petere poterit: quippe quæ non solum ipsis minoribus, sed & heredibus eorum concedi solet, *l. non solum. 6. ff. de restit. in integr. Bart. ad d. l. 10. §. 2. Zas. d. c. 2. vers. circa effectum.* Nec obstat, quod substitutus adeundo bona pupillaria non tam ex facto pupilli, quàm suo pro-

prio

prio læsus videatur, ut putat *Polit. in tr. de substit.* Hoc ipsum enim negandū est, cum substitutus adeundo, tanquam successor pupilli beneficium hoc restitutionis sibi competere non ignoravit, ut rectè *Zas. d. loco.* Quod si verò filius impubes institutus, ab hereditate paterna se abstinuerit, distinguendum est, utrum filius impubes solus à patre institutus fuerit, an coheredem extraneum habuerit. Priori casu sui heredis existentia etiamsi abstinuerit impubes pupillares tabulas confirmat, ita ut filio intra pubertatem mortuo, substitutus hereditatem pupilli adire bonaq; ejus tutò accipere possit, *per l. si filius. 12. ff. h. t. l. filius. 41. & l. seq. ff. de adquir. vel omitt. hereditate l. paterfam. 28. ff. de rebus auth. jud. poss.* vel in vulgato exemplari *l. 12. ff. de privil. cred.* Facit quod abstentione jus sui heredis non tollatur, *l. ait Prætor. 7. §. sed quod. 10. ff. de minor. l. ex contractu. 44. ff. de rejudic. Bart. ad d. l. 12. ff. h. t. n. 2. Zas. d. c. 2. vers. circa effectum. Don. 7. comm. 26. Cujac. l. 26. obs. 1. Treutl. vol. 2. D. 12. th. 3. lit. C. Arum. Exerc. 18. th. ult.* Nec movet quod *Vigl. ad pr. de pupill. subst. n. 21. dd. textus* ad eum casum restringere conetur, quo filius hereditati paternæ se immiscuit, & postea per Prætorem separationem impetravit, *arg. d. l. paterfam. 28. de rebus auth. jud. possid.* Nam quamvis hoc quoad *d. l. 12. de vulg. & pup. substit.* omninò fatendum sit, quæq; adeò ad præsentis quæstionis decisionem non multum facit: tamen in reliquis recipiendum non est, quæ in terminis abstentionis, non immixtionis satis apertè loquuntur: non obstante *versic. at cum substitutus in d. l. 28.* quoniam Javolen. ibi non eundem casum de quo in pr. egit, persequitur, ut *Vigl.* putat, sed alium, quò filius se prius immiscuit, & postea abstinendi facultatem à Prætore impetravit, manifestè subjicit, ut agnoscit etiam *Accurs. ad d. l. 28. de rebus auth. judic. sive l. 12. ff. de privileg. credit.* Posteriori verò casu, quando impubes coheredem extraneum habet, iterum subdistinguendum est, ut si ambo hereditatem repudient, & postea pupillus intra pubertatem decedat, substituto locus non sit, *arg. l. Julianus. 11. §. 1. ff. ad SCt. Trebell.* & per regulam quod hereditate patris non adita, necessariò etiam testamentum pupillare evanescat, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 10. §. si ex asse. 4. ff. d. t. de vulg. & pupill. subst.* Quamvis enim aliàs jura suitatis per abstenti-

onem impuberis non tollantur, ut supra dictum: tamen id hoc casu non procedit, quo pater non tantum ab impubere, sed etiam ab herede extraneo vires testamenti sui pendere voluit. Quod si verò pupillus abstineat hereditate paterna, & coheres adeat substitutus, sive ipse coheres sit, sive tertius aliquis, si pupillo succedere voluerit etiam partem bonorum paternorum à pupillo repudiatam agnoscere cogitur: nec alterum ab altero separare potest, *l. quidem. 20. C. de jur. delib. Zas. d. loco.* His ita positis sententiæ nostræ, quod tabulæ pupillares etiam nuda sui heredis existentia cõfirmentur, non obstat *d. l. 11. §. 1. ad SCt. Trebell.* Responderi enim potest, non quidem cum *Cujac. d. obs. 1.* ita legendum esse, *filio ejus impubere exheredato, arg. l. ita tamen. 27. §. à patre. 4. ff. eodem tit.* quam responsionem etiam, licet lectionis hujus nullam mentionẽ faciat, in effectu probat *Ant. Fab. 31. err. 8. inf. Cujac.* enim responsio violenta est, & utraq; ad textum generaliter loquentem divinatoria: sed potius hoc textu contineri casum exceptum, quo non solus impubes, ut in textibus supra à nobis allatis, nec etiam frater ejus in potestate existens, licet pubes, *d. l. 12. ff. h. t. de vulg. & pup. subst.* Sed extraneus cum impubere heres institutus est. Hîc enim, cum parens coheredem extraneum dando, ab eo quoq; vires testamenti sui pro parte pendere voluerit: adeoq; testamentum pro parte valere non possit, eo autem corruente corruat etiam pupillaris substitutio, non potest sufficere, ut pupillus pro parte sua heres existat, sed coheres adire hereditatem cogendus est. *d. l. 11. §. 1. ibiq; Bart. & in d. l. 12. de vulg. & pupill. subst. n. 4.* Minus ad rem facit *l. miles. 41. §. ult. ff. de milit. testam.* ubi à milite facta pupillaris substitutio ex privilegio militari valet, etiamsi ejus hereditas adita non sit. Ergo jure communi in paganis contrarium, videlicet, hereditate ab herede instituto non adita, tabb. pupillares non valere, dicendũ erit. Respondetur enim (1) argumentum à contrario sensu contra expressos textus non procedere. (2) in nostro casu nudam sui heredis existentiam favore pupilli pro aditione hereditatis haberi: deniq; militis substitutionem semper valere, quandocunq; testamentum ejus, etiam exheredato filio infirmatum fuerit, & consequenter etiamsi coheres datus repudiaverit, ut rectè *Bach. ad Tr. d. loco.*

*d. loco.* Redeundo autem ad effectum hunc primum, extenditur, sive ampliatur is, ut etiam locum habeat in substituto incapaci, qui licet ex paterno testamento capere hereditatem ut solidam non possit, tamen modò ex substitutione capere non impediatur, ad hereditatem etiam pater admittendus erit, *l. si is. 6. & l. si is. qui. 11. ff. d. t. de vulg. & pup. subst.* V. gr. filius naturalis extantibus legitimis liberis ex testamento paterno plusquam duas uncias accipere non potest, *l. 2. C. de natur. liber.* si tamen parens eum filio impuberi legitimo substituerit, pupillaria bona, & duas etiam uncias istas ex paterna hereditate capere poterit, *d. l. 6. & ibi Bart. Zas. d. c. 2. vers. tandem circa hunc &c.* Limitatur autem (1) in filio arrogato, cui pater pupillariter etiam substituere potest, sed substitutus quartam tantùm, quam ex bonis arrogatoris authoritate rescripti D. Pii pupillus consequitur, & si quid præterea ab amicis vel cognatis arrogatoris ei relictum est, habebit, reliqua verò pupilli bona ad eum non pertinebunt, *d. l. 10. §. in adrogato. 6. ff. d. t. l. si adrogator. 22. §. 1. ff. de adopt.* Sed quid si pater naturalis filio impuberi pupillariter quoq; substituisset, poterit ne is cum duobus testamentis decedere contra rationem juris, quâ testamentum prius semper per posterius rumpitur? *§. posteriori. 2. Inst. quib. mod. test. infirm.* Et dicendum hoc quoq; casu prius testamentum à patre naturali factum, non quidem per posterius demum ab arrogatore conditum, sed statim per arrogationem tanquam capitis deminutionem ipso jure sublatum esse, *§. alio autem. 4. Inst. d. t. l. nec ei. 17. §. 1. in f. ff. de adopt.* (2) Limitatur in milite, quem & in certis tantum rebus pupillariter substituere posse patet ex *d. l. 10. §. 5. in f. ff. de vulg. & pup. substit.* Deniq; in matre, quæ ex statuto potestatem in liberos habet, & pupillariter substituere potest, saltem in bonis maternis, quæ sola, non etiam alia pupilli bona, ad substitutum pertinebunt, *arg. d. l. 10. §. 6. ff. d. t. post Polit. de subst. Zas. d. c. 2. vers. circa effectum inf.* Exemplum ejusmodi statuti supra retulimus ex *Reform. Noric. t. 30. §. ult.* ubi tamen potestas matri in liberos concessa non videtur. Secundus effectus est, quod patris & pupilli unum sit testamentum, *l. 2. §. prius autem. 2. & l. patris. 20. ff. d. t.* Quod verum est (1) quoad causam efficientem sive testatorem, qui unus est

parens videlicet, qui tam secundas, quàm primas tabulas fecit, *pr.* & §.*liberis.5.Inst. de pup.subst.* (2) ratione solennium, quia sufficit testamentum paternum clausum & à testibus signatum esse, licet tabulæ pupillares apertæ, nec ulli testes iis adhibiti fuerint *d.l.20.ff. h.t.* Aliàs etiam pro diversis testamentis habentur, ut (1) quod pater prius sibi, & ex intervallo impuberi filio testamentum facere possit: quo casu pupillares tabulæ etiam novis solennitatibus & 7. testibus opus habent. *l.si quis.16.§.1.ff.h.t.* (2) quod pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, testamentum facere possit, *d.l.20.§.1.ff.h.t.* Et deniq; quod vitiata licet institutione, & testamento paterno, aliquando tamen pupillares tabulæ sustineantur, *arg.l.etsi.35.ff.h.t.* & *N.115.c.3.* & *c.4.inf.* Tertius effectus est, quod pater pupillariter substituendo, impuberi filio etiam necessarios heredes facere possit. V. gr. Si pater duos filios impuberes heredes instituerit & alterum alteri substituerit, posterior hic non tantum patri sed etiam fratri, cui pupillariter substitutus est, necessarius heres existet, *d.l.2.§.4.inf.d.l.10.§.1.ff.h.t.l.si pupillus 42.inf.pr.ff.de adquir. vel omitt.hereditate.* &c.

## III. Est, quod pupillaris substitutio expiret pubertate, vel etiam breviori tempore, si forte parens brevius temp⁹ præfixerit.

*Zas.d.c.2.inf. ex Bart.sententia.7.* casus sive modos, quibus pupillaris substitutio extinguitur, refert, quem sequitur etiam *Schneid.ad pr.de pup.subst.n.25.* Verùm pleriq; ex his casibus generales sunt, & vulgari quoq; substitutioni, imò & institutioni primæ communes, ut cuivis eos vel obiter consideranti facilè patebit. Hi igitur duo in reg proposìti pupillari substitutioni proprii sunt: & (1) quidem pubertas, si fortè impubes pubertatis tempora (masculus 14. fæmella. 12. annum) excesserit: tunc enim evanescit substitutio, *§.pen. Inst.de pupill.substit.* cum jam pubes factus ipse testamentum condere, sibiq; heredem instituere possit. *l. à quâ ætate*

*ætate. 5. ff. qui test. fac. poss.* à qua testamenti factione & libera rerum suarum alienatione quenquam prohibere planè iniquum foret, *arg. l. 2. ff. si à parente quis manumiss. sit.* Sed quid si longius fortè tempus in substitutione comprehensum, pupillusq; post pubertatem mortuus fuerit, valebitne hæc substitutio saltim in vim fideicommissi? Et *Ant. Gomez.* quidem *1. var. resol. 7. n. 5. Vacon. à Vac. declar. 64. n. 9.* & alii affirmativam tenent. Sed negativa verior est, tum per *d. §. pen. & ult. Inst. de pup. subst.* tum etiam per *l. 7. ff. h. t.* ubi substitutionem verbis civilibus post 14. annum frustra fieri scriptum est. Neq; infringit hoc fundamentum vulgata Dd. responsio, eam hactenus frustra fieri, ut jure directo valeat, non autem ut ad fideicommissum trahatur. Nam ea divinatoria est, nec ullo textu vel ratione idoneâ probari potest, ut rectè monet *Fachin. 4. contr. 44.* Non obstat *l. precibus. 8. C. de impub. & al. substit.* quoniam ea expresse de milite loquitur, in quo cum hoc specialiter constitutum sit, non improbabiliter colligitur, in pagano contrarium obtinere, & substitutionem ita factam nequidem in vim fideicomm. valere. *Cujac. 11. obs. 25.* Deinde non movet *l. Scævola. 67. ff. ad SenCt. Trebell.* In ea enim propterea substitutio ad fideicomm. trahitur, quoniam in codicillis facta fuit, sed legitimè tamen & ita, ut si in testamento facta fuisset, directò valere potuisset. *Connan ult. comm. 33. Bronch. cent. 3. ass. 33. Arum. Exer. 8. th. 10. Treutl. d. D. 11. th. 8. lit. B. ibiq; Bach.* Præterea non resistit, quod aliàs quoq; verba directa obliquari, & ad fideicomm. quandoq; trahi soleant. *l. filiusfam. 114. §. ut quis heredem. 6. ff. de legat. l. ex facto. 17. pr. ff. ad SenCt. Trebell. l. ult. C. de heredib. instit.* Respondetur enim, à plane separatis huc malè inferri, neq; statim sequi, interdum & in certis casibus verba directa ad fideicomm. trahuntur: Ergò etiam hoc nostro casu contra textus satis expressos *in d. §. ult. de pup. substit. & d. l. 7. ff. h. t.* Deniq; parum ad rem facit *c. Raynutius. 16. extra de testam. ibi: eidem impuberi succederent, si absq; liberis moreretur* &c. Nam responderi potest vel jus Canon. hac in re à jure Civili recedere, & verba directa ad fideicomm. trahere, cum *Cujac. d. lib. 11. obs. 25. & Bach. ad Treutl. d. th. 8. lit. D. in fine*: vel potiùs in *d. textu* verba directa non esse, sed potius

tius communia, quæ ad fideicomm. meritò trahuntur. *Gloss. ad d. c. in verbo: liberis. Fachin. d. c. 44.* Excipitur miles quem etiam ultra pubertatem directis verbis substituere posse expeditum est ex *l. centurio. 15. ff. h. t.* Sed an hæc substitutio etiam jure directo valeat, an verò ad fideicomm. trahatur, non omninò difficultate caret. Nam *Ant. Gomez. d. c. 7. n. 4. Duar. ad h. t. c. 23. & 2. d. 7. Hotom. 1. amicab. resp. 17. Ant. Fab. 15. conject. 12.* eam directò quoq; valere contendunt. Contra vero *Cujac. 12. obs. 27. Fach. d. lib. 4. c. 43.* non aliter quàm jure fideicommissi valere existimant. Et horum opinio manifestè probari videtur in *d. l. 8. C. de impub. & al. subst.* in qua substitutionem à milite ultra pubertatem factã jure fideicom: valere constitutum est. Quod argumentum non infringunt variæ Dd. responsiones, quoniam partim divinatoriæ sunt, partim textui *d. l. 8.* contrariæ ut pluribus ostendit. *Fachin. d. c. 43. & Bach. ad Treutl. d. D. 11. th. 8. lit. B.* Nec movet *d. l. 15. h. t.* quam ita etiam accipere nihil prohibet, ut post pubertatem bona ex fideicommisso debeantur secundum *d. l. 8. C. h. t. Cujac. d. obs. 27.* non obstante eo, quod & fructuum in hereditate inventorum ibi fiat mentio, qui ex fideicommissi causa restitui non solent, *l. in fideicommissaria. 17. pr. ff. ad sect. Trebell. Duar. d. loco.* Nam hoc posterius negandum est, cum *d. l. 18.* non de fructibus in hereditate inventis, qui partem ejus faciunt, sed de fructibus post aditam hereditatem operâ heredis ante moram perceptis satis apertè loquatur, ut rectè *Fach. & Bach. dd. locis.* Deinde evanescit etiam pupillaris substitutio, si fortè pater brevius tempus præfiniverit: puta si filius meus intra decimum annum decesserit, Sejus heres esto. Nam tunc si post 10. annum ante pubertatem filius decesserit, extinguitur hæc substitutio, quasi in hunc casum substitutus non videatur. *l. si ita quis. 21. ff. h. t.*

## Quasi pupillaris est, quæ fit à parentibus, liberis mente captis, certo ordine, in eum casum si heredes erunt & in infirmitate decesserint.

*l. humanitatis. 9. C. de impub. & al. subst. §. 1. Inst. de pupill. subst.* Vulgò exemplarem vocant, quoniam ad exemplum pupillaris introducta est, *d. §. 1. & d. l. 9. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* Sed minus rectè, cum nusquam in jure nostro hæc appellatio extet, nec alias etiam, quæ ad exemplum alicujus rei introducta sunt exemplaria vocari soleant, ut ex peculio quasi castrensi, quasi usufr. & similibus satis apparet. *Don. d. l. 6. c. 23.* Alii Justinianeam appellare malunt; quoniam à Justin. introducta est in *d. l. 9. & d. §. 1. de pupill. substit. ibiq. Jul. Pac. in not.* Definitio autem rei petita est, à causa efficiente, subjecto & forma. Efficiens sunt parentes, non tantum ii, qui liberos in potestate habent, sed omnes etiam mater reliquiq; in linea materna ascendentes. *d. l. 9.* Cum in omnibus eadem præsumatur erga liberos pietas & affectio, *arg. l. 4. C. de lib. præterit.* neq; enim hæc substitutio in paterna potestate, sed in sola humanitate & affectione erga liberos fundata est, *arg. d. l. 9. C. h. t.* Excipitur mater ad secunda vota transiens, quæ liberis substituere posse non videtur, *arg. l. lex quæ 22. sub fin. C. de administr. tutor. vel curat. Don. d. lib. 6. c. 27.* Nisi fortè eos, qui aliàs ab intestato successuri sunt, per ea quæ habet *Tholosan. lib. 42. Syntg. c. 24. tr. 7.* Adde *Harpr. ad d. §. 1. n. 5. & Giph. ad d. l. 9.* qui contrarium tueri conatur. Sed quid si tam pater quam mater substituerit? Et *Cynus* quidem *ad d. l. 9. C. h. t.* patris consilium sequendum, adeoq; ab eo substitutum præferendum existimat, *arg. l. 2. §. objicitur. 15. ff. ad Senct. Tertull.* Alii substitutum à patre non simpliciter, sed cum onere fideicommissi præferunt, ut bona materna substituto à matre restituere teneatur. Verùm cum hic nec fideicommissum induci posse videatur, nec matris substitutio, cui lex æquè ac patri substituendi facultatem tribuit, rescindi, alii utrumq; substitutum in bonis substituendis (paternum in paternis, maternum in maternis) admittunt, *arg. l. sed si 10. §. pen. ff. h. t.* in bonis verò aliunde quæsitis utrumq; æqualiter concurrere volunt: nisi fortè liberi, quibus substitutio facta est, in potestate fuerint, quo casu patriæ potestati hoc tribui æquum est, ut ea ad substitutum patris in solidum pertineant. *Paul. de Castr. Salicet. & Sich. ad d. l. 9. C. h. t. Bach. ad d. D. 11. th. 10. lit. A.* Subjectum sunt liberi, iiq; omnes sive in potestate

testate sint, sive emancipati vel aliàs extra potestatem constituti, sive puberes, sive impuberes fuerint, *d.l.9.& d.§.1.ibi etsi puberes Inst. de pupill. substit.* Id quod hactenus expeditum est, ut pater emãcipato, & mater liberis impuberibus quasi pupillariter substituere possint, cum hisce casibus pupillaris substitutio propter defectum potestatis patriæ locum habere nequeat, ut patet ex iis, quæ supra dicta sunt: at in patre qui liberos in potestate habet, negativam, videlicet patrem pupillariter, non quasi pupillariter substituere posse, tenet *Cyn. ad d. l. 9. n. 3. C. de impub. & al. subst. Bart. in l. ex facto. 41. ff. de vulg. & pupill. subst. n. 10. Zas. d. tr. c. 3. vers. quid autem*. tum quod substitutio pupillaris sit Juris ordinarii, quasi pupillaris extra ordinarii, ordinarium autem præferatur extraordinario, *l. in causa. 16. pr. ff. de minor.* tum quod quando circa eandem rem concurrit naturalis & accidentalis causa, magis inspicienda sit causa naturalis, adeoq; hoc casu pupillaris potius quàm quasi pupillaris substitutio. *arg. l. qui habet. 3. ff. de tutel. Sich. ad d. l. 9. n. 4.* Sed affirmativa verior est, tum per *d. §. 1. Inst. de pup. subst.* ubi dum Impr. generaliter dicit liberis quasi pupillariter substitui posse, etsi puberes sint, etiam impuberes inclusisse intelligendus est: tum quod patri liberos in potestate habenti denegandum non videatur, quod matri concessum est: maximè hoc casu quo consultius utiq; est, patrem quasi pupillariter substituere, cùm aliàs facilè contingere posset, ut filius, furore post pubertatem durante, sine herede decederet, *Vigl. Zuich. ad d. §. 1. n. 6. ibiq; Mynf. n. 9. Coras. ad d. l. 9. de impub. & al. subst. n. 10. Vasq. lib. 2. de success. progress. §. 17. n. 68. Treut. d. D. 11. th. 10. lit. C. ibiq; Bach.* Neq; obstat, quod de remedio ordinario & extraordinario pro negativa allatum est: quoniam *d. l. 9. de impub. & al. substit.* extraordinarium remedium non est: & aliàs quoq; remedium extraordinarium, quando plenius est, ut hoc casu quasi pupillaris substitutio, per ordinarium excludi non solet, *arg. c. 2. de restit. in integr. in 6. Bart. ad l. Æmilius. 38. ff. de minor. Coras. ad d. l. 9. n. 20.* Deinde non movet *d. l. 3. ff. de tutel.* ubi dicitur, quod ei qui furiosus & simul impubes est, non curator sed tutor ratione ætatis dandus sit; tum quod alia planè sit ratio tutelæ & hujus substitutionis; cum finita per pubertatem tutela, lex vel magistratus

cura.

curatorem substituendo subvenire possit; nemo autem sit, qui finitam pupillarem substitutionem supplere possit, nec facilè ex substitutione pupillari quasi pupillari fieri: nisi fortè ita facta fuerit, quandocunq; in furore decesserit, *Joh. Fab. ad d. §. 1. & Coras. d. n. 10.* tum quod interdum ex humanitate & benignitate juris, quam hic attendi constat ex *d. l. 9. C. h. t.* accidens potius, quàm id quod naturale est, inspici soleat, *arg. l. 1. removet. 6. vers. bestias. ff. de postul. Harpr. ad d. §. 10. n. 25.* Neq; refert liberi legitimi sint, an naturales tantùm, vel etiam vulgo quæsiti, quibus à matre vel avia æquè ac legitimis substitui posse patet ex *d. l. 9. C. h. t.* De patre verò res difficultate non caret. Nam quidam & hunc æquè ac matrem saltem naturalibus liberis substituere posse existimant: tum quod iis pater tutorem quoq; dare possit, *l. ult. C. de confirm. tutor. N. 89. c. 14.* tum quod communis sit omnibus liberis natura, *l. hos accusare 12. §. ult. ff. de accusat. Bart. ad d. l. ex facto. 43. ff. h. t. Sich. ad d. l. 9. C. h. t. n. 6. Coras. n. 7. Suarez ad addit. ad Gomez. 1. var. res. 6. lit. C.* Sed negativam Dd. magis communiter tenent, ut docet *Zas. d. c. 3. verf. quid autem. sub finem.* tum quod *d. l. 9.* expressè filiorum mentionem faciat: filius autem is propriè intelligitur, qui ex justis nuptiis natus est, *l. filium. 6. ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* tum quod in *d. l. 9.* legitimæ fiat mentio, quam in naturalibus liberis nullam esse constat ex *l. 2. & l. ult. C. de nat. liber. Zas. d. loco. Duar. adt. ff. de vulg. & pup. subst. c. 19. Gomez. d. c. 6. n. 6. Vasq. d. lib. 2. de success. progress. §. 17. n. 10.* Neq; obstat quod de tutore ex *l. ult. C. de confirm. tutor.* allatum est: quoniam alia ratio sit tutelæ, alia hujus substitutionis, ut supra dictum fuit, imprimis hoc casu, quo tutor minus rectè datus à magistratu cum inquisitione confirmandus est, *l. naturali. 7. ff. de confirm. tut. eod. l. ult. C. eod. t.* Substitutio autem minus rectè facta confirmari nequit, ne alias testamentum ab aliena voluntate dependeat, contra *l. ista institutio. 32. ff. de heredib. instit.* Deinde parum ad rem facit *d. l. 12. §. ult. ff. de accusat.* utpote quæ de servis loquitur, quorum eandem naturam cum liberis esse patet ex *l. quod attinet. 72. ff. de R. J.* Et quamvis hoc de filiis quoq; pronunciari possit, *arg. l. parentes. 6. ff. de in jus vocand.* tamen non simpliciter, sed secundum quid accipiendum

endum est, ne aliàs etiam in successione eandem rationem eorum esse dicere necesse sit. contra *d. l. 12. & l. ult. C. de natur. liber. d. N. 139. c. 12. §. 4. & Auth. licet. C. d. t. de natur. liber.* Facit quod hæc constitutio *d. l. 9.* contra jus commune inducta, strictè accipienda, & nequidem ob paritatem rationis extentenda sit, *arg. l. quod verò 14. ff. de legib. & l. quod contra. 141. ff. d. R. J. Harpr. ad d. §. 1. n. 33.* Deniq; non movet, quod in *d. l. 9.* verba illa; *relicta legitima*, eò tantùm pertinere videantur, quod nisi legitima relicta fuerit iis, quibus debetur, querela inofficiosi locum habeat. *Coras. loco.* Nihilominus enim hoc ex d. texto colligitur, Imperatori non de quibusvis liberis, sed propriè tantùm dictis, & quibus legitima debetur, sermonem esse; non obstante *l. si quando 35. §. & generaliter 2. inf. C. de inoff. testam.* ubi filium legitimæ expressè renunciare posse constitutum est, cui tamen pupillariter substitui posse, nemo facilè negaverit: quoniam alia planè hujus ratio, utpote cui ipso jure debetur legitima, per *d. l. 35. §. 2.* alia liberorum naturalium, quibus nulla legitima tributa sit, neq; patri jus substituendi hac constitutione datum dicendum est. Liberis autem non aliter rectè substituitur, quàm si mente capti fuerint, *d. l. 9. C. h. t.* ubi mente captorum appellatione & furiosos contineri communiter receptum est. Quamvis enim aliàs furiosi à mente captis distingui soleant, ut apparet *ex §. furiosus. 3. & §. seq. Inst. de curat. l. si furiosi 25. C. de nupt.* tamen generali mente captorum appellatione & furiosos non rarò contineri, constat ex *l. in adversa. 17. ff. qui test. fac. poss. & d. l. 25. C. de nupt.* quâ generali in significatione Imp. vocabulo mente captorum in *d. l. 9.* usum fuisse, innuit generalis humanitatis ratio, & quod propter infirmitatem testari nequeant, quam furiosis æquè ac mente captis convenire patet, *ex l. facto. 43. pr. ff. de vulg. & pup. subst. Sichard. ad d. l. 9. n. 2. & 3. Don. d. lib. 6. c. 27. & ibi Hillig. lit. B. Vasq. d. §. 13. n. 35. Treutl. d. th. 10. lit. C. ibiq. Bach.* Frustra dissentiente *Angel. ad d. l. 43. ff. h. t.* quem refert & reprehendit *Coras. ad d. l. 9. n. 10.* Multò magis idem dicendum de fatuo, quem à mente capto parum vel nihil differre colligitur ex *l. 2. ff. de postul. juncto. d. §. 4. Inst. de curat. arg. l. quidam 17. pr. ff. de condic. instit. Zas. d. c. 3. vers. quid autem de fatuo, Gomez. d. c. 6. n. 2. ibiq. Suarez.*

*in*

*in addit. lit. A: Harpr. ad d. §. 1 de pup. subst. n. 13.* Nec obstat *l. 4. in f. C. qui test. fac. poss.* quo textu in contrarium movetur *Joh. Faber. & Angel. Aret.* ut notat *Zas. d. loco.* Nam textus iste non de fatuis, sed de his loquitur, in quibus nondum plenus ætatis vigor emersit, sive qui minores sunt 25. annis, ut ejus lectione facilè colligitur, & monet ibidem *Accurs. Jas. d. c. 3. quidautem.* Sed quid de prodigis dicendum, an & his parentes quasi pupillariter substituere poterunt? Negativa ex eo firmatur, quod constitutiones correctoriæ (qualem & hanc esse constat) strictè accipiendæ sint, *l. si vero. 64. §. de viro. 9. ff. solut. matrim.* maximè cùm beneficium hoc substituendi, humanitatis intuitu indultum, ad prodigos tanquam libidinum omniumq; vitiorum servos, *l. ult. §. 2. C. de sent. pass.* extendi non debeat. *Lockam. Quæst. Justin. 231.* Quippe majori favore furiosus dignus est, quam prodigus, cujus vitium voluntarium est. *Giphan. ad d. l. 9. C. h. t.* Verùm affirmativa communiter recepta est, eaq; probatur tum, quòd prodigalitas species quædam dementiæ & furoris sit, quoniam & prodigi furiosum faciunt rerum suarum exitum, *l. his qui. 12. §. ult. ff. de tutor. & curat. dat.* tum quòd & aliàs his personis eadem auxilia lex tribuere soleat, *l. si prædia. 11. ff. de rebus eor. qui subtut. vel cura sunt. &c. Coras. ad d. l. 9. n. 11. Ant. Gomez. d. c. 6. n. 4. Don. d. c. 27. ibiq, Hil. lig. lit. C. Treutl. d. th. 10. lit. C.* Nec obstat quod hæc Constitutio tanquam correctoria extendenda non sit. Respondetur enim id verum esse, nisi ex ipso textu extensionis aliqua appareat ratio: Jam autem & prodigum quodammodo furiosum esse, & eandem in utrisq; rationem militare supra diximus. *d. l. 9. C. h. t.* Nec movet, quod prodigi favore aut humanitate planè indigni videantur. Respondetur enim favorem istum aut humanitatem cujus in *d. l. 9.* fit mentio non tam ad liberos, quàm parentes pertinere, in quibus omnibus erga liberos eandem pietatem & affectionem esse supra diximus *ex l. 4. C. de lib. præter.* De mutis & surdis idem vulgò docent, videlicet & illis quasi pupillariter substitui posse, cùm & illi testamentum facere nequeant, *l. discretis. 10. C. qui testam. fac. poss.* & aliàs quoq; perpetuò furiosis æquiparari à legibus soleant, *l. cum Prætor. 12. §. pen. ff. de judic. Coras. ad d. l. 9. n. 10. Gomez. d. c. 6. n. 3.*

*Zas. d. c. 3. vers. tertia particula. Bach. ad Treutl. d. th. 10. lit. C.* Sed hoc meritò aliis displicet, tum quia hi sanæ mentis sunt, adeoq; mente captorum appellatione contineri nequeunt: tum quod jus singulare & correctorium ad alios casus [illegible]endendum non sit, *arg. l. quod verò. 14. ff. de legib.* tum deniq; propter *d. l. 43. pr. ff. h. t.* ubi mutis & surdis non aliter quàm permittente Principe substitutio fieri potest, quem textum in Pandectis non frustrà positum rectè monet *Giph. ad d. l. 9. C. h. t. Don. d. c. 27. Treutl. d. th. 10. lit. C. Harp. ad d. §. 1. n. 15.* Nec obstat quod & hi testamentum sibi facere nequeant secundum *d. l. 10. C. qui test. fac. poss. & d. l. 43. ff. h. t.* Responsio enim facilis est ex iis, quæ dicta sunt, videlicet, Constitutionem correctoriam ad alios casus extendi non debere, per *d. l. 14. ff. de legib. & l. 114. ff. de R. J.* Minus movet, quod & hi perpetuò furiosis interdum comparari soleant: quoniam ex eo ad hunc nostrum casum argumentum non rectè ducitur, cùm hîc potius alia surdorum & mutorum ratio, illis simpliciter à parentibus quasi papillariter substitui potest, his verò non aliter, quam si id Princeps permiserit, *d. l. 9. C. h. t.* correctum esse non rectè post alios existimat *Wesemb. in π. ff. h. t. n. 8.* Præterea controversia non caret, an quemadmodum pupillariter etiam liberis exheredatis rectè substituitur §. *non solum. 4. Inst. de pup. subst.* ita quasi pupillariter quoq; tam exheredatis quàm institutis substitui possit? Et negativa quidem probari videtur per *d. l. 9. C. h. t.* in illis verbis: *relicta legitima portione*: quibus differentiam inter pupillarem & hanc quasi pupillarem istam innui existimant, quod illa etiam exheredato, hæc non nisi instituto fieri possit. *Bart. in d. l. 43. n. 18. & Jas. n. 27. ff. h. t. Donel. d. c. 26. Treutl. d. th. 10. lit. C. & G. ibiq; Bach.* Affirmativa verò videlicet etiam quasi pupillariter exheredatis rectè substitui, colligitur, tum quod ea ad exemplum pupillaris introducta, *d. §. 1. de pupill. subst. d. l. 9. C. h. t.* quam exheredatis etiam fieri posse expeditum est, *§. 4. Inst. d. t.* tum quod nullo textu diversitas illa inter pupillarem & quasi pupillarem substitutionem probari possit. Nam verba ista *d. l. 9. relictâ legitima*, non eò pertinent, ut mente capti vel furiosi præcisè saltem in legitima, substitui debeant, sed id tantum volunt, quod nisi legitima relicta fuerit, rescindi

di per querelam inofficiosi substitutio possit, *d.l.9. ibi, querela nulla contra testamentum &c. Mynſ. ad d.* §.*1.n. 6. Duar. ad t.ff.h.t.c. 20.in fin. Giph. ad d.l. 9. ibiq. Coraſ. n. 13. Joh. Cöppen. Practic. obſ. lib. 1. obſ. 144. n. 9.* Adde *Harpr. ad d.* §. *ad d.* §. *1. n. 26. & ſeqq. & ea quæ ſupra de pupillari ſubſtitutione à nobis dicta ſunt.* Hinc facilè apparet, fruſtra diſputari, an legitima tota relinqui debeat, an in re aliqua, quæ legitimam non attingit, inſtituere ſufficiat: N. ſi fortè ad excludendam inofficioſi querelam, quam non aliter ceſſare, quam ſi integra relicta ſit legitima putat *Joh. Cöppen. d. obſ. 144. n. 12. Bocer. claſſ. 2. D. 5. th. 94. poſt Donell. d. lib. 6. c. 27.* Fundamentum illorum eſt in ipſa, *l. 9. C. h. t.* in qua cum legitimæ ſimpliciter fiat mentio, totam eam relinquendam eſſe colligunt. Sed contrarium verius videtur, ſufficere videlicet ad removendam inofficioſi querelam, ſi demens vel furioſus in quacunq; re vel hereditatis parte inſtitutus fuerit, cum remedium legis & actionem ad ſupplementum in promtu habeat, *l. omninò 30. C. de inoff. teſt.* adeoq; in integra legitima inſtitutus cenſeatur, poſt *Bald. Coraſ. d. n. 30. Treutl. d. D. 11. th. 10. lit. G. ibiq. Bach.* Nec quicquam contrariam opinionem juvat *d. l. 9.* in qua nihil aliud habetur, quam quod ad excludendam inofficioſi querelam legitima relinquenda ſit, an autem tota, vel pars ejus relinquenda, non exprimitur. Illud hic quoq; monendum, non quemadmodum parentes liberis, ita vice verſa liberos parentibus furioſis vel mente captis rectè ſubſtituere: tum quod *d. l. 9.* de parentibus tantum concepta ſit, adeoq; tanquam exorbitans ad contrarium caſum extendi non debeat: *arg. d. l. 64. §. 9. ff. ſolut. matrim.* tum quod etiam alia ſit hic ratio parentum, alia liberorum: quippe illis propter affectum, & pietatem erga liberos, jus ſubſtituendi datum eſt; quod liberis qui non eadem affectione erga parentes feruntur, non immeritò denegandũ eſt: tum deniq; quòd aliàs abſurdum hoc poſſet contingere, ut quis (ſi fortè unicus eſſet filius) ſe ipſum heredem inſtituere neceſſe haberet, ut rectè poſt *Immol.* monet *Coraſ. ad d. l. 9. n. 12.* Nihil ergò ad rem facit, quod correlativorum eadem ſit deciſio, *arg. l. fin. C. de indict. viduit. toll. l. 1. C. de Cupreſſis ex luc. Daphnenſi. &c.* Nam id procedit, quando correlatorum eadem eſt ratio, *arg. l. cen-*

ficili & intricatâ nihil temerè affirmo; sed hoc tantum addo, satius esse aliquid dicere, quàm vel textum corrigere, vel manifestè iniquitatis Justinianum arguere. Superest casus sive formula hujus substitutionis, quæ est, si liberi in infirmitate furoris vel prodigalitatis decesserint. Nam si resipuerint, infirmatur substitutio, *d. §. 1. & d. l. 9. C. h. t.* cùm jam ipsimet testamentum facere, & quem velint sibi heredem instituere possint, *arg. d. l. 43. ff. de vulg. & pup. subst.*

## HIC QUOQUE III. NOTANDÆ SUNT REGULÆ.

### I. Est, quod parens primò sibi testamentum facere, deinde filio substituere debeat: in casum, si in infirmitate decesserit, vel quandocunq; decesserit.

Quemadmodum in vulgari & pupillari, ita etiam in quasi hac pupillari substitutione prima regula ad modum substitutionis pertinet, qui vel communis est cum pupillari, vel proprius. Communis est, ut hic quoq; parens substituens primò sibi testamentum facere debeat, deinde liberis mente captis substituere: quoniam & quasi pupillares hæ tabulæ pars sunt, & sequela testamenti paterni, adeoq; sine principali suo substituere nequeunt, *arg. §. liberis. 5. Inst. de pupill. subst. & l. nihil dolo 129. §. 1. ff. de R. J.* Proprius est, si in infirmitate decesserit *d. §. 1. de pupill. substit. & d. l. 9. C. de impub. & al. substit.* ubi nihil refert, quibus modis formula ista concepta fuerit, utrum ita, si in infirmitate decesserit, an quandocunq; in dementiâ vel infirmitate decesserit, *arg. l. precib. 8. C. de impub. & & al. subst.* Tantum in eo differentia esse quibusdam videtur, quod si fortè liberis impuberibus mente captis posteriori modo, puta quandocunq; in furore decesserint, substitutio facta fuerit, eaq; pro tempore ætatis impuberis, pupillaris, post eam autem ætatem quasi

quasi pupillaris esse intelligatur, ut post *Joh. Fabr. ad d. §. 1. de pupill. subst. monet Coras. ad d. l. 9. C. de impub. & al. subst. n. 10.* & nos quoq; supra attigimus.

## II. Effectus hujus substitutionis sunt, quod ita Substitutus omnia bona mente capti accipiat: quod unum sit parentis & furiosi testamentum: & quod ea tacitam vulgarem in se contineat.

Est enim substitutio hæc ad exemplum pupillaris introducta, ut toties dictum, adeoq; eosdem pene effectus habet. Primo enim constat in pupillari substitutione ad substitutum omnia impuberis bona pertinere, sive à patre, sive à matre, sive aliunde provenerint, *l. sed si. 20. §. 5. ff. de vulg. & pupill. subst.* Eodem igitur modo etiam ad substitutũ furiosi omnia ejus bona pertinere debent *arg. d. §. 1. & d. l. 9. C. h. t. Zas. d. c. 3. vers. Sexta particula in f.* Deinde quemadmodum unum est patris & impuberis testamentum, ut supra ostensum, ita quoq; unum esse patris & furiosi testamentum dicendum est, *arg. l. 2. §. prius autem. 4. & l. patris. 20. ff. d. t.* Deniq; veluti in pupillari expressa, tacita vulgaris continetur, *l. 4. §. 2. vers. hoc itaq;. ff. h. t. ibiq; Gloss. & Dd. comm. Adde Treutl. d. vol. 2. D. th. 8. lit. F. ibiq; Bach.* ita quoq; in quasi pupillari expressa vulgarem tacitam contineri dubitandum non est. V. gr. Si parens filium furiosum heredem instituerit, eiq; si in furore decesserit alium substituerit, is autem in furore quidem decesserit, sed patri heres non extiterit, quæ est formula vulgaris substitutionis, nihilominus substitutus ad bona furiosi admittendus erit, ut recte post *Bart. & alios docet Zas. d. c. 3. vers. Sexta particula. & Schneid. ad d. §. 1. Inst. de pup. subst. n. 12.* Sed & vice versa expressa vulgaris tacitam quasi pupillarem comprehendit, ut si fortè filio vulgariter instituto furor superveniat, isq; in furore decedat, vulgaris substi-

tius communia, quæ ad fideicomm. meritò trahuntur. *Gloss. ad d. c. in verbo: liberis. Fachin. d. c. 44.* Excipitur miles quem etiam ultra pubertatem directis verbis substituere posse expeditum est ex *l. centurio. 15. ff. h. t.* Sed an hæc substitutio etiam jure directo valeat, an verò ad fideicomm. trahatur, non omninò difficultate caret. Nam *Ant. Gomez. d. c. 7. n. 4. Duar. ad h. t. c. 23. & 2. d. 7. Hotom. 1. amicab. resp. 17. Ant. Fab. 15. conject. 12.* eam directò quoq; valere contendunt. Contra vero *Cujac. 12. obs. 27. Fach. d. lib. 4. c. 43.* non aliter quàm jure fideicommissi valere existimant. Et horum opinio manifestè probari videtur in *d. l. 8. C. de impub. & al. subst.* in qua substitutionem à milite ultra pubertatem factã jure fideicom: valere constitutum est. Quod argumentum non infringunt variæ Dd. responsiones, quoniam partim divinatoriæ sunt, partim textui *d. l. 8.* contrariæ ut pluribus ostendit. *Fachin. d. c. 43. & Bach. ad Treutl. d. D. 11. th. 8. lit. B.* Nec movet *d. l. 15. h. t.* quam ita etiam accipere nihil prohibet, ut post pubertatem bona ex fideicommisso debeantur secundum *d. l. 8. C. h. t. Cujac. d. obs. 27.* non obstante eo, quod & fructuum in hereditate inventorum ibi fiat mentio, qui ex fideicommissi causa restitui non solent, *l. in fideicommissaria. 17. pr. ff. ad sect. Trebell. Duar. d. loco.* Nam hoc posterius negandum est, cum *d. l. 18.* non de fructibus in hereditate inventis, qui partem ejus faciunt, sed de fructibus post aditam hereditatem operâ heredis ante moram perceptis satis apertè loquatur, ut rectè *Fach. & Bach. dd. locis.* Deinde evanescit etiam pupillaris substitutio, si fortè pater brevius tempus præfiniverit: puta si filius meus intra decimum annum decesserit, Sejus heres esto. Nam tunc si post 10. annum ante pubertatem filius decesserit, extinguitur hæc substitutio, quasi in hunc casum substitutus non videatur. *l. si ita quis. 21. ff. h. t.*

Quasi pupillaris est, quæ fit à parentibus, liberis mente captis, certo ordine, in eum casum si heredes erunt & in infirmitate decesserint.

*l. humanitatis. 9. C. de impub. & al. subst. §. 1. Inst. de pupill. subst.* Vulgò exemplarem vocant, quoniam ad exemplum pupillaris introducta est, *d. §. 1. & d. l. 9. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* Sed minus rectè, cum nusquam in jure nostro hæc appellatio extet, nec alias etiam, quæ ad exemplum alicujus rei introducta sunt exemplaria vocari soleant, ut ex peculio quasi castrensi, quasi usufr. & similibus satis apparet. *Don. d. l. 6. c. 23.* Alii Justinianeam appellare malunt; quoniam à Justin. introducta est in *d. l. 9. & d. §. 1. de pupill. substit. ibiq. Jul. Pac. in not.* Definitio autem rei petita est, à causa efficiente, subjecto & forma. Efficiens sunt parentes, non tantum ii, qui liberos in potestate habent, sed omnes etiam mater reliquiq; in linea materna ascendentes. *d. l. 9.* Cum in omnibus eadem præsumatur erga liberos pietas & affectio, *arg. l. 4. C. de lib. præterit.* neq; enim hæc substitutio in paterna potestate, sed in sola humanitate & affectione erga liberos fundata est, *arg. d. l. 9. C. h. t.* Excipitur mater ad secunda vota transiens, quæ liberis substituere posse non videtur, *arg. l. lex quæ 22. sub fin. C. de administr. tutor. vel curat. Don. d. lib. 6. c. 27.* Nisi fortè eos, qui aliàs ab intestato successuri sunt, per ea quæ habet *Tholosan. lib. 42. Syntg. c. 24. tr. 7.* Adde *Harpr. ad d. §. 1. n. 5. & Gipb. ad d. l. 9.* qui contrarium tueri conatur. Sed quid si tam pater quam mater substituerit? Et *Cynus* quidem *ad d. l. 9. C. h. t.* patris consilium sequendum, adeoq; ab eo substitutum præferendum existimat, *arg. l. 2. §. objicitur. 15. ff. ad Senct. Tertull.* Alii substitutum à patre non simpliciter, sed cum onere fideicommissi præferunt, ut bona materna substituto à matre restituere teneatur. Verùm cum hic nec fideicommissum induci posse videatur, nec matris substitutio, cui lex æquè ac patri substituendi facultatem tribuit, rescindi, alii utrumq; substitutum in bonis substituendis (paternum in paternis, maternum in maternis) admittunt, *arg. l. sed si 10. §. pen. ff. h. t.* in bonis verò aliunde quæsitis utrumq; æqualiter concurrere volunt: nisi fortè liberi, quibus substitutio facta est, in potestate fuerint, quo casu patriæ potestati hoc tribui æquum est, ut ea ad substitutum patris in solidum pertineant. *Paul. de Castr. Salicet. & Sich. ad d. l. 9. C. h. t. Bach. ad d. D. 11. th. 10. lit. A.* Subjectum sunt liberi, iiq; omnes sive in potestate

testate

testate sint, sive emancipati vel aliàs extra potestatem constituti, sive puberes, sive impuberes fuerint, *d. l. 9. & d. §. 1. ibi etsi puberes Inst. de pupill. substit.* Id quod hactenus expeditum est, ut pater emãcipato, & mater liberis impuberibus quasi pupillariter substituere possint, cum hisce casibus pupillaris substitutio propter defectum potestatis patriæ locum habere nequeat, ut patet ex iis, quæ supra dicta sunt: at in patre qui liberos in potestate habet, negativam, videlicet patrem pupillariter, non quasi pupillariter substituere posse, tenet *Cyn. ad d. l. 9. n. 3. C. de impub. & al. subst. Bart. in l. ex facto. 41. ff. de vulg. & pupill. subst. n. 10. Zas. d. tr. c. 3. vers. quid autem.* tum quod substitutio pupillaris sit Juris ordinarii, quasi pupillaris extra ordinarii, ordinarium autem præferatur extraordinario, *l. in causa. 16. pr. ff. de minor.* tum quod quando circa eandem rem concurrit naturalis & accidentalis causa, magis inspicienda sit causa naturalis, adeoq; hoc casu pupillaris potius quàm quasi pupillaris substitutio. *arg. l. qui habet. 3. ff. de tutel. Sich. ad d. l. 9. n. 4.* Sed affirmativa verior est, tum per *d. §. 1. Inst. de pup. subst.* ubi dum Impr. generaliter dicit liberis quasi pupillariter substitui posse, etsi puberes sint, etiam impuberes inclusisse intelligendus est: tum quod patri liberos in potestate habenti denegandum non videatur, quod matri concessum est: maximè hoc casu quo consultius utiq; est, patrem quasi pupillariter substituere, cùm aliàs facilè contingere posset, ut filius, furore post pubertatem durante, sine herede decederet, *Vigl. Zuich. ad d. §. 1. n. 6. ibiq, Myns. n. 9. Coras. ad d. l. 9. de impub. & al. subst. n. 10. Vasq. lib. 2. de success. progress. §. 17. n. 68. Treut. d. D. 11. th. 10. lit. C. ibiq, Bach.* Neq; obstat, quod de remedio ordinario & extraordinario pro negativa allatum est: quoniam *d. l. 9. de impub. & al. substit.* extraordinarium remedium non est: & aliàs quoq; remedium extraordinarium, quando plenius est, ut hoc casu quasi pupillaris substitutio, per ordinarium excludi non solet, *arg. c. 2. de restit. in integr. in 6. Bart. ad l. Æmilius. 38. ff. de minor. Coras. ad d. l. 9. n. 20.* Deinde non movet *d. l. 3. ff. de tutel.* ubi dicitur, quod ei qui furiosus & simul impubes est, non curator sed tutor ratione ætatis dandus sit; tum quod alia planè sit ratio tutelæ & hujus substitutionis; cum finita per pubertatem tutela, lex vel magistratus

cura.

curatorem substituendo subvenire possit; nemo autem sit, qui finitam pupillarem substitutionem supplere possit, nec facilè ex substitutione pupillari quasi pupillari fieri: nisi fortè ita facta fuerit, quandocunq; in furore decesserit, *Joh. Fab. ad d. §. 1. & Coras. d. n. 10.* tum quod interdum ex humanitate & benignitate juris, quam hic attendi constat ex *d. l. 9. C. h. t.* accidens potius, quàm id quod naturale est, inspici soleat, *arg. l. 1. removet. 6. vers. bestias. ff. de postul. Harpr. ad d. §. 10. n. 25.* Neq; refert liberi legitimi sint, an naturales tantùm, vel etiam vulgo quæsiti, quibus à matre vel avia æquè ac legitimis substitui posse patet ex *d. l. 9. C. h. t.* De patre verò res difficultate non caret. Nam quidam & hunc æquè ac matrem saltem naturalibus liberis substituere posse existimant: tum quod iis pater tutorem quoq; dare possit, *l. ult. C. de confirm. tutor. N. 89. c. 14.* tum quod communis sit omnibus liberis natura, *l. hos accusare 12. §. ult. ff. de accusat. Bart. ad d. l. ex facto. 43. ff. h. t. Sich. ad d. l. 9. C. h. t. n. 6. Coras. n. 7. Suarez ad addit. ad Gomez. 1. var. res. 6. lit. C.* Sed negativam Dd. magis communiter tenent, ut docet *Zas. d. c. 3. verf. quid autem. sub finem.* tum quod *d. l. 9.* expressè filiorum mentionem faciat: filius autem is propriè intelligitur, qui ex justis nuptiis natus est, *l. filium. 6. ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* tum quod in *d. l. 9.* legitimæ fiat mentio, quam in naturalibus liberis nullam esse constat ex *l. 2. & l. ult. C. de nat. liber. Zas. d. loco. Duar. adt. ff. de vulg. & pup. subst. c. 19. Gomez. d. c. 6. n. 6. Vasq. d. lib. 2. de success. progress. §. 17. n. 10.* Neq; obstat quod de tutore ex *l. ult. C. de confirm. tutor.* allatum est: quoniam alia ratio sit tutelæ, alia hujus substitutionis, ut supra dictum fuit, imprimis hoc casu, quo tutor minus rectè datus à magistratu cum inquisitione confirmandus est, *l. naturali. 7. ff. de confirm. tut. eod. l. ult. C. eod. t.* Substitutio autem minus rectè facta confirmari nequit, ne aliàs testamentum ab aliena voluntate dependeat, contra *l. ista institutio. 32. ff. de heredib. instit.* Deinde parum ad rem facit *d. l. 12. §. ult. ff. de accusat.* utpote quæ de servis loquitur, quorum eandem naturam cum liberis esse patet ex *l. quod attinet. 72. ff. de R. J.* Et quamvis hoc de filiis quoq; pronunciari possit, *arg. l. parentes. 6. ff. de in jus vocand.* tamen non simpliciter, sed secundum quid accipiendum

endum est, ne aliàs etiam in successione eandem rationem eorum esse dicere necesse sit contra *d. l. 12. & l. ult. C. de natur. liber. d. N. 89. c. 12. §. 4. & Auth. licet. C. d. t. de natur. liber.* Facit quod hæc constitutio *d. l. 9.* contra jus commune inducta, strictè accipienda, & nequidem ob paritatem rationis extendenda sit, *arg. l. quod verò 14. ff. de legib. & l. quod contra. 141. ff. d. R. J. Harpr. add. §. 1. n. 33.* Deniq; non movet, quod in *d. l. 9.* verba illa; *relicta legitima*, eò tantùm pertinere videantur, quod nisi legitima relicta fuerit iis, quibus debetur, querela inofficiosi locum habeat. *Coras. loco.* Nihilominus enim hoc ex d. textu colligitur, Imperatori non de quibusvis liberis, sed propriè tantùm dictis, & quibus legitima debetur, sermonem esse; non obstante *l. si quando 35. §. & generaliter 2. inf. C. de inoff. testam.* ubi filium legitimæ expressè renunciare posse constitutum est, cui tamen pupillariter substitui posse, nemo facilè negaverit: quoniam alia planè hujus ratio, utpote cui ipso jure debetur legitima, per *d. l. 35. §. 2.* alia liberorum naturalium, quibus nulla legitima tributa sit, neq; patri jus substituendi hac constitutione datum dicendum est. Liberis autem non aliter rectè substituitur, quàm si mente capti fuerint, *d. l. 9. C. h. t.* ubi mente captorum appellatione & furiosos contineri communiter receptum est. Quamvis enim aliàs furiosi à mente captis distingui soleant, ut apparet *ex §. furiosus. 3. & §. seq. Inst. de curat. l. si furiosi 25. C. de nupt.* tamen generali mente captorum appellatione & furiosos non rarò contineri, constat ex *l. in adversa. 17. ff. qui test. fac. poss. & d. l. 25. C. de nupt.* quâ generali in significatione Imp. vocabulo mente captorum in *d. l. 9.* usum fuisse, innuit generalis humanitatis ratio, & quod propter infirmitatem testari nequeant, quam furiosis æquè ac mente captis convenire patet, *ex l. facto 43. pr. ff. de vulg. & pup. subst. Sichard. ad d. l. 9. n. 2. & 3. Don. d. lib. 6. c. 27. & ibi Hillig. lit. B. Vasq. d. §. 13. n. 35. Treutl. d. th. 10. lit. C. ibiq. Bach.* Frustra dissentiente *Angel. ad d. l. 43. ff. h. t.* quem refert & reprehendit *Coras. ad d. l. 9. n. 10.* Multò magis idem dicendum de fatuo, quem à mente capto parum vel nihil differre colligitur ex *l. 2. ff. de postul. juncto. d. §. 4. Inst. de curat. arg. l. quidam 17. pr. ff. de condic. instit. Zas. d. c. 3. vers. quid autem de fatuo, Gomez. d. c. 6. n. 2. ibiq. Suarez.*

in

*in addit. lit. A. Harpr. ad d. §. 1 de pup. subst. n. 13.* Nec obstat *l. 4. in f. C. qui test. fac. poss.* quo textu in contrarium movetur *Joh. Faber. & Angel. Aret.* ut notat *Zas. d. loco.* Nam textus iste non de fatuis, sed de his loquitur, in quibus nondum plenus ætatis vigor emersit, sive qui minores sunt 25. annis, ut ejus lectione facilè colligitur, & monet ibidem *Accurs. Jas. d. c. 3. quid autem.* Sed quid de prodigis dicendum, an & his parentes quasi pupillariter substituere poterunt? Negativa ex eo firmatur, quod constitutiones correctoriæ (qualem & hanc esse constat) strictè accipiendæ sint, *l. si vero. 64. §. de viro. 9. ff. solut. matrim.* maximè cùm beneficium hoc substituendi, humanitatis intuitu indultum, ad prodigos tanquam libidinum omniumq; vitiorum servos, *l. ult. §. 2. C. de sent. pass.* extendi non debeat. *Lockam. Quæst. Justin. 231.* Quippe majori favore furiosus dignus est, quam prodigus, cujus vitium voluntarium est. *Giphan. ad d. l. 9. C. h. t.* Verùm affirmativa communiter recepta est, eaq; probatur tum, quòd prodigalitas species quædam dementiæ & furoris sit, quoniam & prodigi furiosum faciunt rerum suarum exitum, *l. his qui. 12. §. ult. ff. de tutor. & curat. dat.* tum quòd & aliàs his personis eadem auxilia lex tribuere soleat, *l. si prædia. 11. ff. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt. &c. Coras. ad d. l. 9. n. 11. Ant. Gomez. d. c. 6. n. 4. Don. d. c. 27. ibiq. Hillig. lit. C. Treutl. d. th. 10. lit. C.* Nec obstat quod hæc Constitutio tanquam correctoria extendenda non sit. Respondetur enim id verum esse, nisi ex ipso textu extensionis aliqua appareat ratio: Jam autem & prodigum quodammodo furiosum esse, & eandem in utrisq; rationem militare supra diximus. *d. l. 9. C. h. t.* Nec movet, quod prodigi favore aut humanitate planè indigni videantur. Respondetur enim favorem istum aut humanitatem cujus in *d. l. 9.* fit mentio non tam ad liberos, quàm parentes pertinere, in quibus omnibus erga liberos eandem pietatem & affectionem esse supra diximus *ex l. 4. C. de lib. præter.* De mutis & surdis idem vulgo docent, videlicet & illis quasi pupillariter substitui posse, cùm & illi testamentum facere nequeant, *l. discretis. 10. C. qui testam. fac. poss.* & aliàs quoq; perpetuò furiosis æquiparari à legibus soleant, *l. cum Prætor. 12. §. pen. ff. de judic. Coras. ad d. l. 9. n. 10. Gomez. d. c. 6. n. 3.*

*Zas. d. c. 3. vers. tertia particula. Bach. ad Treutl. d. th. 10. lit. C.* Sed hoc meritò aliis displicet, tum quia hi sanæ mentis sunt, adeoq; mente captorum appellatione contineri nequeunt: tum quod jus singulare & correctorium ad alios casus ex[illegible]dendum non sit, *arg. l. quod verò. 14. ff. de legib.* tum deniq; propter *d. l. 43. pr. ff. h. t.* ubi mutis & surdis non aliter quàm permittente Principe substitutio fieri potest, quem textum in Pandectis non frustrà positum rectè monet *Giph. ad d. l. 9. C. h. t. Don. d. c. 27. Treutl. d. th. 10. lit. C. Harp. ad d. §. 1. n. 15.* Nec obstat quod & hi testamentum sibi facere nequeant secundum *d. l. 10. C. qui test. fac. poss. & d. l. 43. ff. h. t.* Responsio enim facilis est ex iis, quæ dicta sunt, videlicet, Constitutionem correctoriam ad alios casus extendi non debere, per *d. l. 14. ff. de legib. & l. 114. ff. de R. J.* Minus movet, quod & hi perpetuò furiosis interdum comparari soleant: quoniam ex eo ad hunc nostrum casum argumentum non rectè ducitur, cùm hîc potius alia surdorum & mutorum ratio, illis simpliciter à parentibus quasi papillariter substitui potest, his verò non aliter, quam si id Princeps permiserit, *d. l. 9. C. h. t.* correctum esse non rectè post alios existimat *Wesemb. in παρ. ff. h. t. n. 8.* Præterea controversia non caret, an quemadmodum pupillariter etiam liberis exheredatis rectè substituitur §. *non solum. 4. Inst. de pup. substit.* ita quasi pupillariter quoq; tam exheredatis quàm institutis substitui possit? Et negativa quidem probari videtur per *d. l. 9. C. h. t.* in illis verbis: *relicta legitima portione*: quibus differentiam inter pupillarem & hanc quasi pupillarem istam innui existimant, quod illa etiam exheredato, hæc non nisi instituto fieri possit. *Bart. in d. l. 43. n. 18. & Jas. n. 27. ff. h. t. Donel. d. c. 26. Treutl. d. th. 10. lit. C. & G. ibiq. Bach.* Affirmativa verò videlicet etiam quasi pupillariter exheredatis rectè substitui, colligitur, tum quod ea ad exemplum pupillaris introducta, *d. §. 1. de pupill. subst. d. l. 9. C. h. t.* quam exheredatis etiam fieri posse expeditum est, *§. 4. Inst. d. t.* tum quod nullo textu diversitas illa inter pupillarem & quasi pupillarem substitutionem probari possit. Nam verba ista *d. l. 9. relictâ legitima*, non eò pertinent, ut mente capti vel furiosi præcisè saltem in legitima, substitui debeant, sed id tantum volunt, quod nisi legitima relicta fuerit, rescindi

di per querelam inofficiosi substitutio possit, *d. l. 9. ibi, querela nulla contra testamentum &c. Mynf. ad d. §. 1. n. 6. Duar. ad t. ff. h. t. c. 20. in fin. Giph. ad d. l. 9. ibiq; Coras. n. 13. Joh. Cöppen. Practic. obs. lib. 1. obs. 144. n. 9.* Adde *Harpr. ad d. §. ad d. §. 1. n. 26. & seqq. & ea quæ supra de pupillari substitutione à nobis dicta sunt.* Hinc facilè apparet, frustra disputari, an legitima tota relinqui debeat, an in re aliqua, quæ legitimam non attingit, instituere sufficiat: N si fortè ad excludendam inofficiosi querelam, quam non aliter cessare, quam si integra relicta sit legitima putat *Joh. Cöppen. d. obs. 144. n. 12. Bocer. class. 2. D. 5. th. 94. post Donell. d. lib. 6. c. 27.* Fundamentum illorum est in ipsa, *l. 9. C. h. t.* in qua cum legitimæ simpliciter fiat mentio, totam eam relinquendam esse colligunt. Sed contrarium verius videtur, sufficere videlicet ad removendam inofficiosi querelam, si demens vel furiosus in quacunq; re vel hereditatis parte institutus fuerit, cum remedium legis & actionem ad supplementum in promtu habeat, *l. omninò 30. C. de inoff. test.* adeoq; in integra legitima institutus censeatur, post *Bald. Coras. d. n. 30. Treutl. d. D. 11. th. 10. lit. G. ibiq; Bach.* Nec quicquam contrariam opinionem juvat *d. l. 9.* in qua nihil aliud habetur, quam quod ad excludendam inofficiosi querelam legitima relinquenda sit, an autem tota, vel pars ejus relinquenda, non exprimitur. Illud hic quoq; monendum, non quemadmodum parentes liberis, ita vice versa liberos parentibus furiosis vel mente captis rectè substituere: tum quod *d. l. 9.* de parentibus tantum concepta sit, adeoq; tanquam exorbitans ad contrarium casum extendi non debeat: *arg. d. l. 64. §. 9. ff. solut. matrim.* tum quod etiam alia sit hic ratio parentum, alia liberorum: quippe illis propter affectum, & pietatem erga liberos, jus substituendi datum est; quod liberis qui non eadem affectione erga parentes feruntur, non immeritò denegandū est: tum deniq; quòd aliàs absurdum hoc posset contingere, ut quis (si fortè unicus esset filius) se ipsum heredem instituere necesse haberet, ut rectè post *Immol.* monet *Coras. ad d. l. 9. n. 12.* Nihil ergò ad rem facit, quod correlativorum eadem sit decisio, *arg. l. fin. C. de indict. viduit. toll. l. 1. C. de Cupressis ex luc. Daphnensi. &c.* Nam id procedit, quando correlatorum eadem est ratio, *arg. l. cu-*

*ratorem.5.C.de interdict. matr. int. pupillam & tutor. &c.* hic autem diversam rationem esse patet ex iis, quæ modo dicta sunt. Neq; movet, quod filius patri furioso curator dari possit, *l. his qui. 12. §. 1. ff. de tutor. & curat. dat. l. 2. ff. de curatorib. furios. & al. extra min. dand.* Responderi enim potest, à planè diversis illationem fieri, num curator ad bonorum administrationem dari soleat, adeoq; inconveniens non sit, filium parentis mente capti vel furiosi bona administrare: non quemvis autem qui bona alicujus rectè administrat, eidem testamentum quoq; facere potest, *Zas. d. §. 3. vers. an autem filius &c. Harpr. ad d. §. 1. n. 6. & seqq. aliquot.* Adde omninò *Coras. d. n. 12. & Harpr. n. 34. & seqq.* Deniq; ad subjectum hujus substitutionis pertinet, ut liberi quibus ita substituitur, in alterius potestatem recasuri non sint; tum quod hæc substitutio ad exemplum pupillaris introducta sit *d. l. 9.* quam recasuris in potestatem alterius fieri non posse constat. *l. 2. pr. ff. h. t.* tum quod regulariter nemo testatus decedere possit, qui sui juris non est. *pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. Don. d. c. 27. post Bach. in d. l. 43. ff. h. t.* Nec obstat, quod hic non attendatur potestas patria, & filio mente capto semel testamento provisum fuerit. *Zas. d. c. 3. vers. quinta particula. &c.* Respondetur enim negando conseq. quoniam non sequitur, patria potestas non attenditur, ergo etiam recasuris in alterius potestatem rectè substituitur, cum alia nihilominus obstet ratio, quod nemo testatus decedere possit, qui sui juris non est, ut dictum: deinde testamentum, vel substitutionem ab avo factam in pendente interim esse, & si furiosus in potestatem alterius reciderit, evanescere *arg. d. l. 2. h. t.* Et hæc quoq; de Subjecto hujus substitutionis sufficere possunt. Forma partim in ordine certo, partim in casu sive formula consistit. Ordo is servandus est, ut parentes liberis mente captis primò descendentes, si forte sanæ mentis, & non eodem morbo laborantes habeant, deinde iis non extantibus fratres, & tandem his quoq; deficientibus alios extraneos substituant, *d. l. 9. C. h. t.* ubi quod de fratribus statutum est, ad sorores quoq; *Dd. comm.* rectè extendunt, cùm aliàs quoq; fratrum appellatione, sorores contineri constet ex *l. Lucius. 93. §. quæsitum. 3. ff. de legat. 3.* Fratres autem si quidem parens substituerit,

germanos & consanguineos, si mater, utrinq; conjunctos, vel uterinos intelligendos esse post *Bart. & alios docet Coras. ad d. l. 9. n. fin.* Neq; refert, utrum parens liberos vel fratres omnes, an unum ex his substituerit, *d. l. 9.* Id quod in fratribus satis expeditum est, utpote quibus querelam inofficiosi, nisi institutâ turpi personâ non competere constat ex *l. fratres. 27. C. de inoff. test.* de liberis verò difficultatem movet, quod filio præterito testamentum fit nullum: quod substitutio hæc non debeat damnosa esse liberis furiosi: quod portionem uni ex filio naturâ debitam in alterum conferri, & omni modo liberos etiam legitimâ privari manifestò iniquum sit, ut disputat *Salicet. in d. l. 9. C. h. t. n. 7.* Hinc quidam verba illa: *unum vel certos, vel omnes in priori casu descendentium*, ab imperito librario adjecta esse existimant. Alii cæteros nō substitutos exheredandos esse putant, veluti *Gloss. in d. l. 9.* Quidam unum posse substitui in universo, reliquos in legitima, vel re certa. *Salicet. d. loco.* Alii iniquitatem hanc tolli existimant, si testator nepotibus ex furioso de suis bonis reliquerit. *Vigl. ad d. §. 1. n. 7.* Quidam reliquis querelam inofficiosi competere volunt, *Treutl. d. D. 11. th. 10. lit. E.* Nonnulli iniquitatem quidem rei se videre, sed quid ad verba constitutionis etiam unius substitutionem admittentis, & querelam tamen negantis, respondendum sit, se non habere ingenuè agnoscunt. *Bach. ad d. th. 10. lit. C. in f.* Quicquid sit, facilè credendum non est *Justinian.* qui humanitatis intuitu hanc substitutionem induxit, liberis injuriam facere voluisse. Unde dici fortassis potest, satis esse, si vel unum ex liberis substituat, reliquis autem legata vel fideicommissa relinquat, ut hac ratione quiescente querelâ inofficiosi saltem actionem ad supplementum habere possint, *arg. §. sed hac 3. & §. ult. Inst. de inoff. test.* Vel tentari poterit, terminos habiles ponendos esse, ubi reliqui liberi notoriè ingrati sunt, ita ut meritò exheredari vel præteriri possint. *arg. d. N. 15. c. 3. §. si quis. 12.* Hoc enim casu testamentum subsistere, & liberos istos à querela excludi, dubitandum non est, *arg. pr. Inst. d. t. l. 3. & l. 5. eod. t. Adde Bocer. Class. 2. D. 5. th. 97.* qui reliquos liberos legitimam per condictionem ex lege, vel actionem familiæ ercifcundæ consequi posse putat. Verùm hac in re tam diffici-

ficili & intricatâ nihil temerè affirmo; sed hoc tantum addo, satius esse aliquid dicere, quàm vel textum corrigere, vel manifestè iniquitatis Justinianum arguere. Superest casus sive formula hujus substitutionis, quæ est, si liberi in infirmitate furoris vel prodigalitatis decesserint. Nam si resipuerint, infirmatur substitutio, *d. §. 1. & d. l. 9. C. h. t.* cùm jam ipsimet testamentum facere, & quem velint sibi heredem instituere possint, *arg. d. l. 43. ff. de vulg. & pup. subst.*

## HIC QUOQUE III. NOTANDÆ SUNT REGULÆ.

### I. Est, quod parens primò sibi testamentum facere, deinde filio substituere debeat: in casum, si in infirmitate decesserit, vel quandocunq; decesserit.

Quemadmodum in vulgari & pupillari, ita etiam in quasi hac pupillari substitutione prima regula ad modum substitutionis pertinet, qui vel communis est cum pupillari, vel proprius. Communis est, ut hic quoq; parens substituens primò sibi testamentum facere debeat, deinde liberis mente captis substituere: quoniam & quasi pupillares hæ tabulæ pars sunt, & sequela testamenti paterni, adeoq; sine principali suo substituere nequeunt, *arg. §. liberis. 5. Inst. de pupill. subst. & l. nihil dolo 129. §. 1. ff. de R. J.* Proprius est, si in infirmitate decesserit *d. §. 1. de pupill. substit. & d. l. 9. C. de impub. & al. substit.* ubi nihil refert, quibus modis formula ista concepta fuerit, utrum ita, si in infirmitate decesserit, an quandocunq; in dementiâ vel infirmitate decesserit, *arg. l. precib. 8. C. de impub. & & al. subst.* Tantum in eo differentia esse quibusdam videtur, quod si fortè liberis impuberibus mente captis posteriori modo, puta quandocunq; in furore decesserint, substitutio facta fuerit, eaq; pro tempore ætatis impuberis, pupillaris, post eam autem ætatem quasi

quasi pupillaris esse intelligatur, ut post *Joh. Fabr. ad d. §. 1. de pupill. subst. monet Coras. ad d. l. 9. C. de impub. & al. subst. n. 10.* & nos quoq; supra attigimus.

## II. Effectus hujus substitutionis sunt, quod ita Substitutus omnia bona mente capti accipiat: quod unum sit parentis & furiosi testamentum: & quod ea tacitam vulgarem in se contineat.

Est enim substitutio hæc ad exemplum pupillaris introducta, ut toties dictum, adeoq; eosdem pene effectus habet. Primo enim constat in pupillari substitutione ad substitutum omnia impuberis bona pertinere, sive à patre, sive à matre, sive aliunde provenerint, *l. sed si. 20. §. 5. ff. de vulg. & pupill. subst.* Eodem igitur modo etiam ad substitutū furiosi omnia ejus bona pertinere debent *arg. d. §. 1. & d. l. 9. C. h. t. Zas. d. c. 3. vers. Sexta particula in f.* Deinde quemadmodum unum est patris & impuberis testamentum, ut supra ostensum, ita quoq; unum esse patris & furiosi testamentum dicendum est, *arg. l. 2. §. prius autem. 4. & l. patris. 20. ff. d. t.* Deniq; veluti in pupillari expressa, tacita vulgaris continetur, *l. 4. §. 2. vers. hoc itaq;. ff. h. t. ibiq; Gloss. & Dd. comm. Adde Treutl. d. vol. 2. D. th. 8. lit. F. ibiq; Bach.* ita quoq; in quasi pupillari expressa vulgarem tacitam contineri dubitandum non est. V. gr. Si parens filium furiosum heredem instituerit, eiq; si in furore decesserit alium substituerit, is autem in furore quidem decesserit, sed patri heres non extiterit, quæ est formula vulgaris substitutionis, nihilominus substitutus ad bona furiosi admittendus erit, ut recte post *Bart. & alios docet Zas. d. c. 3. vers. Sexta particula. & Schneid. ad d. §. 1. Inst. de pup. subst. n. 12.* Sed & vice versa expressa vulgaris tacitam quasi pupillarem comprehendit, ut si forte filio vulgariter instituto furor superveniat, isq; in furore decedat, vulgaris substi-

ratus ex tacita quasi pupillari admittendus sit, secundum *Zas. d. loco.* Illud hic dubium recipit, utrum mater quoq; per hanc quasi pupillarem, æquè ac per pupillarem à legitimâ excludatur. Et negativam post *Bald. & Iason. tenet. Coras. ad d. l. 9. C. h. t. n. 17.* Sed ex juris nostri ratione affirmativa fortè verior est, per ea quæ supra ad reg. 2. in secundo effectu vulgaris substitutionis dicta sunt. Nec obstat (1) quod humanitatis intuitu hæc substitutio introducta sit, *d. l. 9. pr.* inhumanum autem planè sit, matrem, quæ furore filii satis torquetur, etiam hereditatem ejusdem, sive potius legitimam jure naturæ sibi debitam amittere. Respondetur enim, humanitatem *d. Constitutionis* non esse in hereditate liberorum matri deferenda, sed potius in eo, quod patres omnes, etiamsi liberos in potestate non habeant, iis substituere, & testamentum facere possint: facit quod legitima matri ita demum debeatur, si liberi ipsi testamentum condant, non si pater iis faciat, *l. 8. §. sed nec. 5. ff. de inoff. test.* qua de re supra d. loco pluribus egimus. Deinde non movet argumentum à fratribus ductum, quasi *Iustin.* eo ipso tum fratres furiosi omninò excludendos non vult, multò minus matrem excludere voluisse intelligendus sit. Responderi enim potest, imò potius contrarium ex *d. l.* colligendum esse, videlicet *Iustin.* dum liberorum tantum & fratrum furiosi mentionem fecit, parentes excludere voluisse, maximè cum iis omnibus, etiam matri & in linea materna ascendentibus jus substituendi liberis mente captis dederit, *d. l. 9. C. h. t.* Interim tamen non negaverim benigniorem *Coras. & aliorum* opinionem adeoq; in consulendo non temerè ab ea recedendum esse, *arg.* eorum, *quæ supra in d. secundo effectu* vulgaris substitutionis diximus.

## III. Quod extinguatur hæc substitutio, si is cui ita substitutum est, ab infirmitate liberatus fuerit, vel liberos postea susceperit.

Modi quibus substitutio hæc extinguitur, duo sunt præcipui, infir-

infirmitatis videlicet cessatio, & sui heredis agnatio. Quemadmodum enim pupillaris substitutio pubertate adveniente extinguitur, *§. pen. Inst. de pub. subst. l. in pupillari. 14. ff. h. t.* ita cessante furore, cessat & extinguitur hæc quasi pupillaris substitutio, *d. §. 1. Inst. de pub. subst.* Sed quid si postquam resipuerit, item furere cœperit, & in furore decesserit, an substitutio, quæ propter recuperatam sanitatem extincta videbatur, redeunte furore reviviscet? *Et Bart.* quidem *in d. l. ex facto. 42. ff. h. t.* substitutionem durare, vel saltem reviviscere existimat: tum ne alias inanis & ludibriosa fiat substitutio, *arg. l. cum aliis. 6. C. de curat. furios. vel prodig.* tum quod magis cessare, secundùm *d. l. 9. C. h. t.* quàm extincta esse videatur, quemadmodum in simili casu loquitur *JCtus in l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solut.* tum deniq; *arg. l. posthumus. 12. ff. de liber. & posthum.* ubi posthumus testamento præteritus, si vivo patre natus fuerit, & vicissim decesserit, testamentum patris non omninò rumpitur, sed saltem jure Prætorio vires habet, quia non fuisse fingitur, qui non durat, ut post *Dd. notat Sichard. ad d. l. 9. n. 10.* Contra verò *Politus in tr. de substit.* & post eum *Coras. ad d. l. 9. n. 18.* Substitutionem hanc post sanitatem recuperatam statim extingui, nec morbo redeunte vires recipere contendunt: tum quod in eum casum devenerit, à quo incipere non potuisset, *arg. l. Titio. 51. ff. de usufr.* tum quod *d. l. 9.* perpetuum morbum requirere videatur, adeoq; eo semel cessante, ipsa quoq; cesset & extinguatur substitutio, *arg. d. l. 9. C. h. t. Zas. d. c. 3.* diffidentes hasce opiniones distinctionis fœdere conciliari posse putat, utrum furor longo tempore, an post exiguum intervallum redeat, ut priori quidem casu substitutio planè extinguatur, neq; redeunte furore convalescat, quod Politus voluit: posteriori verò cum reliquiæ furoris mansisse, & furiosus in statu inumbratæ tantùm quietis fuisse intelligatur, ut loquitur *JCt. in l. quod meo. 28. §. 1. ff. de adquir. poss.* non expiret substitutio, *arg. l. quicquid. 48. inf. ff. de R. J.* Quæ *Bart. Sich. & aliorum etiam est opinio.* Et huc pertinet quoq; duplex ista distinctio, quam ex *Salicet. ad d. l. 9.* refert *Bach. in not. ad Trentl. d. D. 11. th. 10. lit. F.* quarum (1) est, an furor revera cessaverit, an reliquiæ quædam ejus manserint: (2) an ipse qui resipuit, testamentum fecerit,

an non. Nam testamento facto substitutionem hanc evanescere, expeditum est, *per d. l. 43. ff. h. t.* Nec obstat huic sententiæ, quod ea quæ semel extincta sunt, non reviviscant, & substitutio ad eum casum pervenerit, à quo incipere non potuit. Responderi enim potest hisce casibus, quo furor brevi tempore rediit, & reliquiæ quædam ejus manserunt, substitutionem non plenè extinctam, sed in suspenso potius interim fuisse: nec revera ad eum casum pervenisse substitutionem, à quo incipere non potuit, cum furor statim reversus, nec recessisse intelligatur. *arg. d. l. 48. in f. ff. de reg. jur. l. 3. ff. de divort. & repud.* Deinde, ut ad alterum modum, quo hæc substitutio extinguitur, transeamus, quemadmodum aliàs testamentū paternum per nativitatem posthumi rumpitur, §. *posthumi. 1. Inst. de exheredat. liber.* ita quoq; substitutio hæc expirat, si fortè mente capto, furioso vel prodigo post substitutionem hanc liberi nati fuerint, *d. l. 43. in f. pr. ff. h. t.* Quamvis enim *Zas. d. c. 3. in f.* furiosum liberos non gignere, adeoq; in eo hunc modum locum habere non posse existimet, contrarium tamen facilè colligitur *ex l. patre. 8. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* ex quo textu colligitur, & inter furiosos matrimonium (licet contrahi nequeat) tamen retineri, & liberos nasci posse. Adde *Coras. ad d. l. 9. n. 19.* Nec refert, an furiosus etiam ante furorem liberos natos habeat: quoniam nihilominus filii post substitutionem nativitate, ea extinguitur: non obstante eo, quod unum ex pluribus substituere permittat, *d. l. 9. C. h. t.* Hoc enim ad jam natos pertinere, ut inter eos jus eligendi habeat, rectè monet, *Bach. ad d. §. 1. in f. Inst. h. t.* Quod si tamen filius postea natus statim decesserit, substitutionem vires reassumere dicendum videtur, *arg. d. l. 12. pr. ff. de lib. & posth.* Quæri hic potest, an hic modus etiam ad pupillarem pertineat, ut & ea per liberos postea natos extinguatur? Et *Jure Civili* non posse expeditum est, per *pr. Inst. de nupt.* *Jure* autem *Canon.* si fortè malitia ætatem suppleverit, adeoq; ex justis nuptiis ante pubertatem liberi nati fuerint, *c. puberes. 3. extra. de desponsat. impub. ibiq. Gloss.* Substitutionem etiam pupillarem extingui dicendum est. In omni enim substitutione, quæ liberis fit, semper inest, ista cōdicio, si sine liberis decesserint, *arg. l. cum avus. 102. ff. de condic. & demonstr. & l. cum acutissimi. 30. in f. C. de fideicomm. Sich. ad d. l. 9. C. h. t. n. 10.*

# CAPUT. III.

## DE TESTAMENTIS MINUS SOLENNIBUS.

**Et hactenus de testamento solenni. Minus solenne est, quod absq; solennitatibus civilibus singulari jure perficitur.**

Dicitur hoc testamentum etiam imperfectum, ratione videlicet solennitatum, *arg. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testam. l. ex imperfecto. 23. ff. de legat. 3.* quamvis hoc posteriori textu imperfectum potius testamentum minus legitime factum denotare videatur, *arg. §. ult. inf. Inst. quib. mod. test. infirm.* *Wesemb. in π. ff. qui test. fac. poss. n. 7. inf.* etiam injusta dici putat: sed minus rectè, cùm injusta ea dicantur testamenta, quæ non jure facta, adeoq; ipso jure pro non factis habentur, *l. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. test. §. hoc autem. 5. Inst. d. t. quib. mod. test. infirm.* Dixi autem absq; solennitatibus Civilibus, non quod etiam solennitates quasdam Juris Gentium agnoscam, quod faciunt *Treutl. vol. 2. D. 10. th. 6. lit. D. & I. & alii.* qui duos testes ad solennitatem juris gentium referunt: Jure Gent. enim nullis solennitatibus opus est, sed sufficit quacunq; ratione constare de voluntate defuncti, ut rectè monet *Bach. in not. ad Treutl. d. loco.* Sed quod omnes testamentorum solennitates à Jure Civili inductas existimem, *arg. §. 1. & seq. Inst. de test. ord.* Quæ solennitates cum in certis quibusdam testamentis jure remissæ sint, imperfecta ea & minus solennia rectè dicuntur. Addidi, *singulari jure,* quoniam remissio ista contra communes juris regg. Constitutionibus Principum & Pontificum, adeoq; jure singulari & privilegio facta est, ut ex speciebus ipsis statim subjiciendis satis apparebit. Illud dubium hîc movere potest, an solennitas ista numeri se-

ptinarii testium salvo testamento remitti potuerit: cùm non pauci sint, qui numerum istum de ipsa testamenti substantia esse existimant. Verum contrarium verius esse, & numerum istum testium, ut & aliàs testamentorum solennitates ad extremam tantùm formā non ipsam essentiam pertinere, supra *c.1. part. special.* diximus. Hinc statuto in quovis testamento hunc numerum minui posse dubitandum non est *Mynf. cent. 5. obs. 20. Geil. 2. obs. 123.*

## Species ejus sunt, Testamentum militare, parentis inter liberos, ad pias causas, rusticorum & tempore pestis confectum.

Quidam & testamentum coram Principe vel apud acta factum huc referunt, sed minus rectè, ut supra *d.c.1.* ostendimus.

## Militare testamentum est, quod à militibus in expeditione occupatis jure militari: quo volunt & possunt modo conficitur.

Quemadmodum militibus favore militiæ multa & varia concessa sunt privilegia, quæ recenset & explicat *Illustr Enenckel. in tr. de privileg. milit.* ita circa testamenti factionem quoq; eximium iis tributum est privilegium, ut sine ullis solennitatibus, quô velint & quo possint modo, testari ipsis liceat, *pr. & §.1. Inst. de test. milit. l.1. & tot. t. ff. & C. eod. t.* Descriptio petita est, à causa efficiente & forma. Efficiens sunt milites, & quidem in expeditione occupati, *d. pr.* Quamvis enim olim omnibus militibus etiam nō in expeditione versantibus privilegium hoc testandi concessum esset, tamen à *Justiniano* ad eos tantum, qui in castris & expeditione degunt, restrictum est, *d. §.1. & l. pen. C. h. t.* In expeditione autem esse dicuntur omnes ii, qui actu militant, sive expediti & parati ad pugnam sunt, ut rectè *Don. 6. Comm. 26. Conn. 9. Comm. 5. n. 9. Harprecht*

*precht. ad d. pr. n. 26.* Hinc colligitur ab hâc testandi ratione excludi (1) paganos omnes, etiam advocatos, & patronos causarum, qui quamvis ratione quorundam privilegiorum militib⁹ comparetur, *in l. advocati. 14. C. de advoc. diverſ. judiciorum*, & togati quoq; milites à Dd. appellentur, privilegia tamen hæc testamenti militaris ad eos non pertinent, utpote quæ ob imperitiam juris, belli necessitatem, & subitos casus concessa advocatis vel patronis causarum competere nequeunt. Hi enim extra pericula ista constituti, & juris peritiâ imbuti meritò ad juris communis testandi formam remittuntur, *§. ult. Inſt. de teſt. milit. & l. ult. §. 1. C. de inoff. teſtam. Don. 6. comm. 28. Schneid. ad pr. d. t. n. 11. Arum. Exerc. 7. th. 9. Treutl d. th. 6. lit. B. ibiq; Bach.* Adde *Enenckel. lib. 1. de privileg. milit. c. 9.* Excipiuntur Præsides provinciæ, legati & similes, qui licet milites non sint, adeoq; jure militari testari nequeunt, si tamen in hostico deprehendantur, ibiq; decedant, quomodo velint, & quomodo possint, testabuntur. *l. un. ff. de bon. poſſ. ex teſt. milit. & l. ult. ff. de teſt. milit.* Idem dicendum putamus de mercatoribus & laniis, qui castra sequuntur. Licet enim *Treutl. d. th. 6. lit. B.* privilegium hoc iis deneget, contrarium tamen omninò verius est, ut & ipsi si in hostico deprehendantur, ibiq; decedant, jure militari testari possint, *arg. d. l. ult. ff. de teſt. milit. & d. l. un. ff. de bon. poſſ. ex teſt. milit. Gloſſ. ad l. Scriniarios. 16. C. de teſt. milit. Bach. ad d. theſ. 6. lit. B.* Deinde excluduntur à privilegio hoc testamenti militaris etiam milites, qui in expeditione non sunt, *d. pr. Inſt. de teſt. milit. & d. l. pen. C. eod. t.* quales sunt omnes qui extra castra & pericula constituti sunt, de quibus *Enenck. d. lib. 1. c. 16. n. 17. & ſeq. aliquot.* etiam ii, qui in hybernis degunt, quia cum hyberna plerumq; in locis tutis & à periculis paulò remotioribus constitui soleant, in expeditione esse non videntur, adeoq; nec militari jure testari possunt, *arg. d. pr. de teſt. milit. & d. l. pen. C. eod. t.* Quod si tamen & hyberna quotidianis periculis & invasionibus hostium obnoxia sint, & iis tum privilegia hæc tribuere non dubitamus, cum *Cujac. conſult. 49.* Eadem ratio est præsidiariorum & limitaneorum militum, ut & ii nō aliter jure militari rectè testentur, quàm si neq; pace, neq; induciis ullis factis periculis ob incursiones hostium expositi sint, *arg. d. l. pen.*

*pen.h.t.* Nam si extra belli pericula constituti fuerint, in e
one esse non intelliguntur, adeoq; jure communi testari d
*Zas. vol. 1. cons. 6. n. 20. Geil. 2. obs. 118. n. 13. Bach. ad Treut*
*lit. C.* Multò minus hoc testandi privilegium ad milites hc
os pertinet, quales sunt Equites Rhodienses, Teutonici,
les, qui sine onere militiæ equestri dignitate sunt ornati. C
enim & hos quibusdam privilegiis militaribus gaudere fort
gandum non est, per ea quæ habet *Enenck. d. lib. 1. de privi*
*lit. c. 6.* tamen cum in expeditione non sint, hoc quoq; priv
ipsis tribui non potest, *Vigl. ad pr. versic. illis enim. 3. Inst.*
*ar. add. t. ff. c. 3. Bach. ad d. th. 6. lit. C.* De reliquis verò nc
poris militibus in expeditione occupatis, quin jure milita
testari possint, dubitandum non est: quoniam & in his ead
ignorantia & subita mortis pericula occurrunt: nec ulla c
tione privilegium sublatum aut ademtum legitur. Idq; n
tùm in iis obtinere putamus, qui contra Turcas aliosq; in
militant, sed etiam qui adversus Christianos modò adsint
adesse debent, milites secundum ordinationes Imperii
scripti sint. Nam si ea observata non fuerint, quæ consti
bus Imperii decreta sunt, pro sicariis, latronibus, & agror
populatoribus potius, quàm pro veris militibus habendi su
rectè *Gœdd. de contrah. stipul. c. 7. n. 305. Schneid. ad d. pr. n*
*d. obs. 118. n. 2. & 3. Arum. d. Exerc. 7. th. 8. Treutl. d. th. 6. li*
*Bach.* Forma hujus testamenti vel generalis est, heredis vic
institutio, quam cum aliis testamentis communem habet,
ea esse vel consistere potest, *arg. §. ante. 34. Inst. de legat.* 
dissentiente *Vasq. lib. 2. de success. progress. §. 20. n. 11.* vel sp
quæ in nuda voluntate militum consistit, ut omissis solenni
quomodo velint & possint testari ipsis concessum sit, *d. pr*
*milit. test. l. 1. ff. eod. t.* Si modò de voluntate ista, vel ex scr
testantis, vel ex testimonio duorum testium constiterit, *l.*
*24. l. Lucius. 40. ff. d. t.* Nec enim necesse putamus, ut sen
stes adhibeantur, sed sufficere, si per scripturam testatoris
voluntas possit. *d. l. 24. & d. 40.* in quibus textibus hoc tan
quiritur, ut militis voluntas legitimis probationibus ostenc

quas non testes tantùm, sed & scripturam esse expeditum est, *l. 1. ff. de fide instrument. &c.* Aliud visum *Gloss. ad d. §. 1. Inst. h. t. Geil. d. obs. 118. n. 17. & Dd. magis communiter.* qui existimant, in conflictu quidem & prælio absq; testibus ex sola scriptura in vagina vel clypeo facta militis voluntatem valere, per *l. milites. 15. C. h. t.* Si verò in tentorio vel castris extra prælium versentur, non aliter, quàm testibus saltem duobus adhibitis eos rectè testari, *per d. §. 1. Inst. h. t.* Verùm textus iste hanc sententiam non probat: quippe ubi facti species proponitur, in qua miles convocatis hominibus voluntatem suam testamento proponere voluit: quod ipsi quidem licere expeditum est, sed inde minus rectè infertur, eum non aliter, quàm præsentibus testibus testari posse. Deinde non obstat, quod testium adhibitio tanquam juris gentium solennitas, remitti non potuerit. Respondetur enim imò testium adhibitionem ex jure gentium non esse, sed jure demum Civili introductam, *arg. §. 1. 2. & 3. Inst. de testam. ordin.* cum jure gentium non testibus tantùm, sed etiam aliis modis voluntates ultimas, æquè ac negocia inter vivos celebrata, probari posse verius sit, ut jam supra attigimus. Saltem in testamento nuncupativo duos testes requiri dicendum est, non tamen tanquam solennitatem Juris Gentium. Sed quoniam vix aliâ ratione voluntas militis per nuncupationem expressa, quam per duos testes probari posse videtur, *arg. l. ubi. 22. ff. de testibus. Eneckel. d. priv. 16. n. 64 & seqq.* Ad testium autem adhibitionem quod attinet, non tantùm circa quantitatem & numerum, sed etiam circa qualitatem remissionem solennitatum factam tradunt Doctores. Nam (1) etiam fæminas testes in militari testamento esse posse videtur, cum à solenni tantùm actu, & in quo lex certum testium numerum requirit, arceri à testimonio mulieres velint, *Vigl. ad §. testes. 6. Inst. de test. n. 3. ibiq; Bach. nu. 2. Ferol. Vasq. de success. progress. lib. 2. §. 20. n. 9.* Verùm hæc opinio dubia ex eo redditur, quod mulieres apud Romanos bello interesse non solerent, ut supra *c. 1.* quoq; attigimus. (2) Peregrinos, quos in testamento solenni testes esse non posse constat *ex d. §. 6. Inst. de testam. militari.* in hoc testamento admittunt, *Vasq. d. §. 20. n. 10.* Quod omninò recipiendum videtur in iis peregrinis, qui justè in militi-

 am

am lecti sunt per ea quæ habet *Enenk. d. priv. 15. n. 9. & seqq.* ipso enim dum jus militiæ consecuti sunt, etiam ad testimoniu militoni dicendum habiles effecti intelliguntur. Unde & Se si fortè necessitatis tempore armati fuerint, in hoc testamen stes esse potuisse dicendum videtur, *arg. eorum quæ ex Liv. l & seq. refert. Enenk. d. loco.* (3) Quod licet jure communi non tantum audire, sed & videre testatorem debeant, *l. si non de test. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* tamen in testamento militis sit, quod testatoris notam vocem audiverint, ad exemplum ac inter vivos, in quibus sufficere putant, si testis vocem contr tium probè cognitam audiverint, licet ipsos non adierint, *G. l. 2. §. idem Labeo. 8. ff. de aqua & aq. pluv. arcend. Bart. Bald. d. l. 9. C. de test. Vasq. d. §. 20. n. 3.* Unde & cœcum in militis tes to testem esse posse existimant, post alios à se allegatos, *Vasq. n. 5.* Sed & de hoc privilegio dubitari fortassis non immerit test, cum nullo textu probetur, nec in actibus inter vivos e cœci, vel qui aliàs id quod gestum est, non viderunt, indistinc mittantur, ut monet *Sich. ad d. l. 9. n. 5.* & fallaciis ac fraudib voluntatibus ultimis fenestra aperiretur, contra favorem & u tem ipsorum militum, quorum quam maximè interest, ejus exempla non admitti, ut in casu non admodum dissimili rescr *Trajan. in l. Divus. 24. ff. de test. milit. & Justinian. in §. 1. Inst* (4) Quod in testamento militis non requiratur, ut testes to stamento præsentes fuerint, sed sufficiat, si diversa testamen pitula per diversos & alios testes probentur: quemadmodu in actibus inter vivos per membra probationem fieri posse impedit, *arg. l. Gallus. 15. inf. ff. de liber. & posthum.* Quamvi communi testes omnes simul præsentes esse debere expeditu *l. qui test. 20. §. & veteres. 8. ff. qui test. fac. poss. l. casus. 8. l. cu tiquitas. 28. C. de testam. Vasq. d. §. 20. n. 4.* (5) In testamento ni non satis est, si omnes simul præsentes sint, sed præterea e requiritur, ut totum testamentum intellexerint, & sensu per rint, per tradita *Bart. in l. fideicomm. 11. §. quoties. 1. ff. de legatis* in militis testamento sufficere volunt, si ante vel post testame voluntatem militis planè intellexerint, etiamsi tempore testa

quod agebatur, non perceperint: *Vasq. d. §. 20. n. 7.* Verùm hoc privilegium satis tutum non videtur, cum per illud voluntati defuncti facilè fraus fieri, & aliud pro alio testamentum subjici possit. (6) Jure Civili testes, qui in testamento adhibentur rogatos esse oportere expeditum est, *per l. heredis. 21. §. in testamentis. 2. ff. qui test. fac. poss. & l. hac consultissima. 21. C. de test.* Idem de jure militari dicendum putat *Bart. in l. milites. 15. n. 1. C. de test. milit. & Dd. comm. teste Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 59. n. 4.* qui in conflictu & prælio etiam coram testib⁹ fortuitis testamentum validè fieri posse putant, extra prælium verò omninò rogatos esse debere contendunt. *per textum in l. Divus. 24. ff. d. t. ibi: convocatis hominibus. & in c. relatum. 11. ibi: testibus requisitis extra de testamentis.* Verùm, quemadmodum *d. c. 11.* de testamento ad pias causas apertè loquitur, à quo tanquam minus privilegiato ad privilegiatum hoc minus rectè infertur: ita in *d. l. 24.* facti species proponitur, ut jam supra monuimus, & verba illa, *convocatis hominibus*, non in constitutionis ipsius tenore, sed in narratione casus specialis, super quo Statilius Severus Imperatoris rescriptum petierat, continentur, ut rectè docet *Enenckel. d. priv. 16. n. 72.* Verius igitur est in testamento militari etiam fortuitos testes sufficere, ex generalitate privilegii, quod militibus concedit, ut quomodo velint & possint, testari ipsis liceat. *l. 1. ff. d. t. & §. 1. Inst. eod.* Quemadmodum & in aliis ultimis voluntatibus minus solennibus nihil interest, utrum rogati testes fuerint, an fortuitò advenerint, *l. ult. §. ult. C. de codicill.* Deniq; nec subscriptiones testium, nec signacula in testamento militis necessaria sunt, docente *Vasq. d. §. 20. n. 15.* Quod specialiter monere fortassis necessarium non fuit, cum ex eo, quod in scripto militis testamento testes planè non requiri supra dixerimus, nec subscriptionem vel signationem necessariam esse facilè colligatur. Præterea ex privilegiata hac formâ & generali solennitatum remissione fluit (1) quod miles etiam ex die certo, & ad diem certum, heredem scribere, *l. in fraudem. 15. §. miles. 4. l. quærebatur. 19. §. ult. l. miles. 41. ff. h. t.* adeoq; pro parte testatus pro parte intestatus decedere possit, *l. si duob. 37. d. l. 4. ff. h. t.* Hinc si miles unum ex fundo heredem scripserit, quoad reliquum patrimonium intestatus de-

 cessisse

cessisse creditur, nec heredi scripto accrescit. *l. si miles. 6. ff.* quoq; si unum ex parte heredem instituerit, is in istâ tantu te succedet, ad alteram partem heredes ab intestato voca *d. l. 37. ff. h. t. & d. l. 2. C. eod.* Idq; verum est, si miles in bonorum certa & speciali instituerit, veluti, si unum ex vel ex rebus castrensibus heredem scripserit, quantum ad re patrimonium intestatum eum decessisse credendum est, *arg l. idem est. 13. pr. & §. 1. l. si certarum. 17. §. 1. l. militis. 36. §. 1.* Quandocunq; enim miles de parte vel re certa testatur, quo qua intestatus decedere voluisse præsumitur; nisi contrari voluntas probata fuerit, *d. l. 37. ff. h. t.* Quod si verò non tæ heredem scripserit, sed partes tantùm fecerit, & eò omn tulerit, ut pro qua parte heres quisq; esse debeat, demonstra cet non in testamento expresserit, tamen de omnibus testat isse intelligitur. *l. quanquam 3. C. h. t.* ubi miles qui filiam bus unciis, uxorem ex uncia heredes scripsit, nec de reliqui tionibus quicquam significavit, in tres partes divisisse heredi & duas filiæ, unam uxori ex communis juris ratione reliqui setur, *Enenck. d. priv. 16. n. 54. & seqq.* Adde *Jul. Clar. d. § mentum. q. 16. & Vasq. d. §. 20. n. 16. & 17.* (2) Ex eodem est, quod miles etiam per alium testari possit, quemadmo inter vivos per alios negocia rectè expediuntur, *tot. t. ff. c procurat. Vasq. d. n. 15.* (3) Quod nutu etiam voluntatem declarare possit, *arg. §. quin imò 5. Inst. de test. mil. & l. 4. ff* Quamvis enim *Gloss. & Dd. ad d. l. 15. §. 1. ff. h. t.* contrariun ant, tamen prior opinio satis probatur ex eo, quod mutum militari testamentum facere posse in *dd. textibus* scriptum sit vix aliter quam nutu voluntatem suam exprimere posse ver est: facit quod & fideicomm. nutu relinqui posse constet *ex pistola. 22. C. de fideicomm. Vasq. d. §. 20. n. 44.* (4) Quod co impossibilis de militis testamento non detrahatur, quemadm nec de actu inter vivos detrahi patet *ex l. non solum. 37. ff. de C Vasq. d. §. 39. n. 49.* Sed cum diversa hic sit inter contractus mas voluntates ratio, argumentum istud minus rectè se hab tradita *Everhardi in Topic. loc. 36, n. 1.* Unde & ipse *Vasq.* hc

dem in dubio relinquit. Idem fortassis dicendum de condicione jurisjurandi, videlicet & hanc in testamento militis remittendum esse, *arg. l. qua sub conditione. 8. ff. de condic. instit.* Quamvis enim voluntatem militis integram nullaq; ex parte mutilatam servari lex velit, *d. pr. Inst. de test. milit. & l. 1. ff. eod. t.* adeoq; hactenus *d. l. 8.* limitandam existimet. *Vasq. d. §. 20. n. 48.* tamen id accipiendum de ea voluntate, quæ legibus & bonis moribus contraria non est, neq; enim credendum privilegia ab Imperatoribus concessa turpe quid aut bonis moribus contrarium continere, *arg. d. l. 8.* ex qua condicionem hanc juris jurandi pro turpi à prætore habitam, satis luculenter apparet. (5.) Miles & notis testamentum suum scribere potest, adeò ut si fortè notario suo testamentum scribendum notis dictasset, & antequam literis perscriberetur, vita defunctus esset, testamentum nihilominus valeat, modo hoc ita subsecutum esse, legitimis probationibus ostendi possit, *l. Lucius. 40. ff. h. t.* Pagani autem testamentum notis confectum non valere patet *ex l. sed cum 6. §. ult. ff. de bon. possess.* (6) Temporis subscriptio in militis testamento necessaria non est: quam tamen in paganorum testamentis omninò requiri expeditum est, *Auth. quod sine. C. de test. Vasq. d. §. 20. n. 47.* Ratio differentiæ est non quod in testamento militis solum jus gentium inspiciatur, ut *Vasq.* putat, de quo infra dicemus sed potius quod miles si voluerit, cum duobus testamentis decedere possit, *d. l. 19. l. miles. 35. & l. seq. §. 1. ff. h. t.* pagano autem id non liceat, sed semper prius testamentum per posterius rumpatur, *l. 1. & l. 2. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Ut igitur quod prius quod posterius sit testamentum, constare possit, temporis subscriptio omninò necessaria est. Adde *Vasq. d. §. 20. n. 29.* (7) Jure communi inter solennitates testamentorum refertur, ut parens filium quem in potestate habet, vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debeat: aliàs si silentio omiserit, vel præterierit, testamentum ipso jure nullius momenti sit, *pr. Inst. de exheredat. liber. l. 1. ff. d. t. de injust. rupt. & irrit. test. l. filio. 17. ff. eod. t.* Aliud dicendum in milite, qui cum omnes solennitates ei remissæ sint, filium etiam licet in potestate constitutum, salvo testamento, præterire poterit: quippe silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere consti-

tutionibus Principum cautum est, §. *in expeditione. 6. Inst.* exhereditatione liber.*¶. miles. 41.* §. *si miles. 3. ff. h. t. de test.* sicut 9. & *l. seq. inf. C. eod.* Idq; verum est, si liberos se h non ignoraverit. Nam si liber s se habere, aut uxorem pr tem esse nesciverit, & idem eos silentio præterierit, testame non valebit, *l. militis. 36.* §. *miles. 2. ff. h. t. d. l. 9. & l. 10. C. ec* autem hoc per jus Novellarum correctum, & miles quoq; præcisè instituere necesse habeat, ita ut si absq; causa eos exh verit, vel præterierit, testamentum nullius momenti sit, non caret. Communis enim opinio est, *N. 115. c. 3.* etiam litem pertinere, ut nec ejus præteritio pro exheredatione fortè cum causa facta fuerit, ut testatur *Jul. Clar. d. §. testame q. 42. n. 3.* Eaq; probari videtur tum generalitate *d. N.* ubi Impr. generaliter præcipit, ut omnes parentes liber s h instituant, nec sine justâ causa exheredent aut prætereant: t textum in *c. 4. d. N. 115.* ubi dicitur filiumfam. qui testari pot rentes suos vel instituere, vel ex justa causa exheredare d quod de filio milite omninò accipiendum videtur, utpote testari posse expeditum est. Sed verius est *d. N. 115. c. 3.* a tem non pertinere, ejusq; præteritionem, si modò liberos bere non ignoraverit, etiam hodie adhuc pro exheredatio quoniam in *d. textu* nulla militis fit mentio, & Constitution generales, specialibus tamen privilegiis derogare non sole *& ibi Gloss. C. de silentiar. & decurionib. cor. lib. 12.* Non o igitur generalitas d. textum, ut modò dictum: nec quod de fam. in *d. c. 4.* habetur, utpote quod vel ad filium, de quasi ca si, vel etiam militem jure communi testantem referri satis co dè potest. *Paul. Berens. D. ad Inst. 6. th. 3. q. 3.* Adde *Ene priv. 16. n. 78. & seq.* Deniq; in testamento jure communi cto, condicio casualis, vel mixta institutioni filiofamil. adje stamentum ipso jure nullum reddit, *l. ult. ff. & condic. inst. l.* *83. ff. de condic. & demonstr. l. si pater. 4. C. de instit. & substit* niam filius non nisi sub condicione potestativa rectè heres in tur, *l. 4. ff. de heredib. instit. d. l. ult. ff. de condic. instit.* N stat *l. quoniam 32. & l. scimus. 36. §. 1. C. de inoff. test.* quibus

bus hoc constitutum volunt, ut hodie, si forte filius sub casuali vel mixta condicione institutus fuerit, valeat testamentum, sed condicio usq; ad legitimam rejiciatur, ne ea ulla mora vel dilatione suspendatur post *Bart. & Dd. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 30. n. 112. & seq. Treutl. vol. 2. D. 11. th. 3. lit. D.* Responderi enim potest *dd. ll.* ad casum nostrum non pertinere, sed loqui de eo, quô testamentum ipso jure valet, & querela in officiosi rescindendum est: Ut tum si forte id, quod filio relictum est, condicione aliquâ suspẽsum fuerit, ea usq; ad legitimam detrahatur, ut rectè *Duar. ad d. l. ff. de condic. inst. c. 4. pag. (mihi) 415.* Adde *Bach. ad d. th. 3. lit. D.* Contrarium verò obtinet in testamento militis, in quo condicio casualis vel mixta institutioni filiifam. adjecta non nocet, nec testamentum vitiat. Cum enim præterire liberos salvo testamento, miles possit, ut supra dictum, multò magis condicionem pro arbitrio suo adjicere poterit, ut argumentatur *Vasq. lib. 1. de success. creat. §. 10. n. 312.* Hinc dicendum condicionem casualem vel mixtam ne de legitima quidem in militis testamento detrahendam esse: cum illud querelæ inoff. non subjaceat, *l. Papinianus 8. §. si quis. 4. ff. de inoff. test. & l. ult. C. eod. t. Vasq. de success. progress. lib. 2. §. 20. n. 35.*

## HIC III. NOTANDÆ SUNT REGULÆ.

### I. Privilegium hoc testamenti militaris Impp. Constitutionibus ob nimiam militum imperitiam & pericula, quæ pro republ. sustinent, introductum est.

Regula hæc causam efficientem & impulsivam continet. Causam efficientem ad jus gentium vulgò referunt: quasi in testamẽto militari jus gentium, non civile attendendum sit, *Geil. 2. obs. 118. n. 17. Vasq. d. §. 20. n. 47.* Quod quoad solennitatum remissionem concedi potest; ita enim hoc testamentum propiùs ad simplicitatem

tem juris gentium accedit, quam testamenta solennia: al
& ipsum juris Civilis esse verius est, utpote quod heredis i
onem necessariò requirit, ut supra diximus, & *Institution*
specialiter hoc privilegium militibus concessum est, ut quo
& possint modò iis testari liceat, *d. pr. Inst. de test. milit. &*
*eod. t.* Ex quo loco patet primò *Julium Cæsarem* liberam tes
cultatem militibus tribuisse; & cum ea concessio tempora
postea *D. Titum*, tum *Domitianum*, & deniq; *Nervam* in
contulisse; Idq; *Trajanum* secutum esse, reliquosq; *Impp* us
*stin.* qui privilegia ista militum confirmavit, ut apparet *ex*
*pen. & tot. t. C. h. t.* Adde *Enenckel. de privil. 16. n. 1. & seqq*
impulsiva affertur in *d. pr. d. l. 1. ff. h. t. & l. 3. C. eod.* simpl
nimia militum imperitia, cum milites arma potius, quàm l
re præsumantur, *l. ult. pr. C. de jur. de liber.* Verùm hanc
lam, neq; etiam præcipuam causam esse, vel inde patet, qu
Romanos sæpe & peritissimos juris militasse constet, quibu
hoc privilegium æquè ac aliis competiisse, & hodie adhuc
tere negari non potest. Accedit quod omnes qui in hostic
henduntur, ibiq; decedunt, hoc privilegio testamenti mili
possint, ut supra monuimus *ex l. ult. ff. h. t. & l. un. ff. de bon*
*test. milit.* Principalis igitur ratio & causa hujus privilegii
militiæ & pericula, quæ pro republ. sustinent milites, esse
eamq; haud obscurè innuit *Ulp. in l. un. ff. de bon. poss. ex t.*
ubi propter eadem pericula quæ subeunt, etiam eis qui mi
sunt, in hostico tamen decedunt, eadem quoq; privilegia
da esse colligit. *Bach. ad d. pr. Inst. h. t. n. 1. Enenck. d. priv. 1*
Adde *Vigl. ad d. pr. n. 6. & seqq.* Hinc & finalis hujus privil
sa ultrò sequitur, ut præmia merentibus tribuantur. *l. testam*
*§. 1. ff. h. t.*

II. In testamento militis non ta
solennitates remissæ, sed etiam tam cir
stantem, quam heredem singularia qua
constituta sunt.

Quinam jure communi testari, quive heredes institui possint, satis patet ex iis, quæ in *parte generali c. 2. & parte speciali c. 1. & 2.* à nobis dicta sunt. Jure verò militari ad faciendum testamentum quidam admittuntur, qui aliàs testamenti factionem non habent, ut (1) mutus & surdus, *l. 4. ff. de test: milit. §. quin imò 7. Inst. eod. t.* de quorum textuum verò sensu, & quisnam mutus & surdus jure militari testamentum condere possit, supra docuimus, *d. c. 2. part. generalis*, quò brevitatis causa nos remittimus. (2) Militari jure testari possunt etiam ii, qui capite damnati sunt, *l. ex militari. 11. pr. ff. h. t. l. 6. §. se etsi. 6. ff. de injust. rupt. & irrit. test. l. si quis. 22. §. 1. ff. de legat. 3.* Quibus jure communi facultatem testandi concessam haud esse, expeditum est, *l. ei qui 8. §. 1. & seq. ff. qui test. fac. poss.* Non aliter tamen militibus succurritur, quàm si ex militari delicto, condemnati, *d. l. 11. pr. ff. h. t. l. ex militibus. 13. C. eod.* supra bonis castrensibus testati fuerint, *d. l. 11. ff. & d. l. 13. C. eod.* & si is, qui condemnavit, in sententia id permiserit, *d. l. 6. §. 6. de injust. rupt. & irrit. & d. l. 22. §. 1. ff. de legat. 3.* Quod iis qui sacramenti, sive juramenti militaris fidem ruperunt, concedi non solet, *d. l. 11. in f. pr. ff. h. t.* Verùm cum hodie jure Novell. & moribus omnibus capite damnatis, etiam non militantibus testandi facultas tributa videatur, per ea quæ supra *part. generali c. 2. in f.* à nobis dicta sunt, id privilegii militaris loco haberi vix potest, sed milites tam ex delicto communi, quàm militari damnati, sive de castrensi peculio, sive aliis bonis quæstio sit, & sive sententia ipsis permissum, sive non permissum fuerit, testari poterunt. (3) Si miles incertus sit, an sui juris testamenti facti tempore fuerit, testamentum ejus valebit. *d. l. 11. §. 1. ff. h. t. l. Aristo. 9. ff. de jur. codicill.* Quamvis jure communi de statu suo dubitantes, vel errantes testamentum condere nequeant, *l. de statu. 15. ff. qui test. fac. poss. l. 1. pr. ff. de legat. 3. l. heres. 32. §. ult. ff. de adquir. vel omitt. hereditate.* (4) Denique miles non sibi tantum, sed & filio testamentum facere jure militari eique substituere potest, tametsi sibi testamentum non fecerit. *l. in fraudem. 15. §. item. 5. l. miles. 14. §. ult. ff. h. t. 2. §. 2. de vulg. & pupill. substit.* Jure communi autem nemo filio substituere potest, nisi sibi prius testamentum fecerit. *§. Li-*

*ber s. 5. Inst. de pup. subst. d. l. 2. §. 1. de vulg. & pup. subst.* Sed & circa heredem liberum arbitrium militibus tributum est, ut quibus velint, supremis judiciis res suas relinquere possint, *l. ex testamento. 5. C. h. t.* Itaq; deportati & ferè omnes, qui aliàs testamenti factionem non habent, à milite heredes institui possunt, *l. idem est. 3. §. & deportati. 2. ff. h. t. l. si deportati. 7. §. 1. ff. de legat. 3.* Nisi quos in specie lex prohibuerit, *d. l. 5. C. eod. t.* Prohibet autem lex heredes instituere servos pœnæ, *d. l. 13. §. 1. ff. h. t. l. si in metallum. 3. ff. de his quæ pro non script.* Item hereticos, sive milites jure communi, sive militari testati fuerint, *l. ult. C. de heretic. & Manich.* Sed & mulierem, in quam turpis suspicio cadere potest, sive quæ stupro cognita, in contubernio militis fuit, ex testamento militis nihil capere posse D. Hadrianus rescripsit, *d. l. 41. §. 1. ff. h. t. l. mulierem. 14. ff. de his quibus ut indign.* Quod si tamen servus pœnæ mortis tempore in civitate inveniatur, incipit institutio convalescere, quasi tunc datâ hereditate: imò generaliter in omnibus dici poterit, quos milites heredes scribunt, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore tales inveniantur, ut à milite institui potuerint. *d. l. 13. §. 2. ff. h. t.* Illud hic addendum, quod supra in definitionis explicatione monendum erat, ad privilegia militaris testamenti & hoc pertinere, quod si quis ante militiam testamentum non jure fecerit, & miles factus atq; in expeditione degens, vel verbis vel factis voluntatem suam de testamento isto declaraverit, illud quasi ex nova militis voluntate valeat, *§. sed etsi. 4. Inst. d. t. l. idemq; 9. §. 1. l. Tribunus. 20. §. 1. l. Titius. 21. in f. l. quod dicitur. 38. §. 1. in f. ff. h. t.* Non obstante *l. in fraudem. 15. §. testamentum. 2. ff. eod. t.* Ubi satis esse videtur ad testamentum prius confirmandum, si militis voluntas contraria non sit. Respondetur enim ibi non simplex militis silentium intelligendum esse, sed aliud quid actum & adjunctum fuisse, ex quo militis non contraria voluntas colligi potuit. *Accurs. ad d. l. 15. §. 2. Don. 6. comm. 28.* Adde *Duar. ad h. t. c. 3. in f. & Vigl. Zuich. ad d. §. 4. Inst. eod. n. 1.* ubi ita legit textum *d. l. 15. §. 2.* si militis subjuncta voluntas contraria non sit: quamvis verbum illud SUBJUNCTA, neq; in vulgato neq; in Florentino codice extet.

Miles

## III. Miles qui jure communi testari voluit, beneficio militari propterea renunciasse non intelligitur.

*l. si miles. 3. ff. d. t.* Dubitari solet, an miles testamentum condendo, jure communi, an militari uti voluisse præsumendus sit. Et *Dec.* quidem ad *l. jus nostrum. 7. n. 8. ff. de R. J. Wesemb. in π. ff. de test. milit. inf. Geil. 2. obs. 118. n. 6. & Dd. magis comm.* id affirmant per *l. in testamento. 6. inf. C. d. t. de test. milit.* teste *Vasq. de Success. creat. lib. 3. §. 24. n. 41.* Adhibita tamen duplici distinctione, (1) an miles usus sit solennitate juris Civilis, nec ne; & (2) an testamentum jure communi sustineri possit. Verùm prior limitatio corruit ex *l. 3. ff. h. t.* ubi exprefsè scriptum est, militem qui jure communi testari destinaverat, si fortè defecerit, antequam testaretur, beneficio militari renunciasse non censeri: posterior verò exinde satis refellitur, quod privilegium hoc militare non in eo tantum consistat, quod solennitates miles adhibere necesse non habeat, sed & in aliis, puta quod cum duobus testamentis decedere pro parte testatus pro parte intestatus esse, jus accrescendi prohibere possit, Quæ omnia cessarent, si militem fortè coram 7. testibus voluntatem suam nuncupantem jure communi decessisse dicamus. *Treutl. vol. 2. D. 10. th. 6. lit. A. ibiq. Bach. Enenck. d. priv. 16. n. 46. & n. 126. Vasq. d. n. 41. & seqq.* Nec obstat *d. l. 6. C. de test. milit. inf.* Respondetur enim ibi probandi onus imponi substituto à milite, non quod is in dubio jure communi testari voluisse intelligatur, sed potius, quod ibi voluntatis sit quæstio, in cujus conjectura semper probatio manifesta contra dubiam admitti soleat, *arg. l. quamvis 4. C. de impub. & al. substit. Giph. ad d. l. 6. C. h. t.* Vel dici etiam potest, ibi præsumtionem pro uxore militis, & matre filiæ institutæ esse, quod ad eam potius filiæ partem, quam ad substitutum pertinere voluerit, adeoq; meritò onus probandi contrarium sensisse militem ad substitutum pertinere, *arg. l. cum de indebito. 25. ff. de probat. & l. sive possidetis. 16. C. eod. t.* Adde *Vasq. d. §. 24. n. 44.*

Secunda Species testamenti imperfecti est parentis inter liberos, quod à parente inter liberos absq; solennitatibus, certo tamen modo formaq; conficitur.

Definitio hæc desumta est à causa efficiente, subjecto & forma. Efficiens sunt parentes cujuscunq; sexus & gradus fuerint. *l. hac consultissima. §. ex imperfecto. 1. C. de testamentis.* Quamvis enim Constitutio Diocleti. & Maximiniani in *l. filii. 16. & Constantini in l. ult. C. famil. ercisc.* tantum patris mentionem faciat, tamen id de matre etiam intelligendum est, ut & ea inter liberos absq; solennitatibus testari possit *per textum expressum in l. hac consultissima. 21. §. 1. ibi: utriusq; sexus. C. de test. N. 107. Hartm. Pistor. lib. 1. qq. jur. 1. n. 15. Hieronymus Pantschmann. Quæst. jur. contr. lib. 2. q. 1. n. 3.* Subjectum sunt liberi, iiq; omnes sive in potestate, sive emancipati fuerint. *d. l. ult. C. famil. ercisc. & d. l. 21. §. 1. C. de test.* Sive ab initio legitimè nati, sive ex post facto legitimati fuerint, *arg. §. ult. Inst. de Nupt. N. 74. & N. 89. Boër. decis. 240. n. 15. & seq. Clar. 3. Sent. §. testamentum. q. 12. n. 3. Geil. 2. obs. 112. n. 21. & seq. Enenckel. de privil. 15. c. 1. n. 11.* etiam ii, qui aliàs per statutum à successione intestati exclusi sunt, puta si fortè statutum excluderet fœminas extantibus masculis, vel si filiæ pactum de non succedendo fecissent. *Boër. decis. 241. n. 9. Clar. d. q. 12. n. 4. Enenck. d. c. 1. n. 12. Hartm. Pistor. d. q. 1. n. 17.* Nec refert, primi an ulterioris gradus sint liberi; cum & inter nepotes parens absq; solennibus disponere possit. Idq; expeditum est, quando nepotes primum successionis locum obtinent, per textum in *d. l. ult. C. famil. ercisc. ibi: ex quolibet venientes gradu, & in d. l. 21. §. 1. C. de test.* ubi dum generaliter de parentibus & liberis disponitur, & nepotes intelligendi sunt, quos aliàs quoq; in dubio, si causa favorabilis sit, liberorum appellatione venire constat *ex l. justa. 201. ff. de V. S. l. liberorum. 220. eod. t. Clar. d. q. 12. n. 5. inf.* At quando nepotes superstite adhuc ipsorum patre

vel

vel matre primum locum in succedendo non obtinent, res difficultate non caret. Nam *Dd. ferè comm. teste Boër. Dec. 241. n. 3.* existimant, avum inter nepotes privilegiato hoc testandi jure indistinctè uti posse, sive ii primum, sive secundum in successione gradum obtineant per textum in *d. l. 21. §. 1. C. de test.* ubi parentum & liberorum appellatione omnes in infinitum intelligi volunt, *arg. l. 4. §. parentum. 2. ff. de in jus voc.* Non obstante *d. l. ult. C. famil. ercisc.* quam per allegatam *l. 21. §. 1.* correctam esse contendunt allegati ab *Hartm. Pistor. d. q. 1. n. 16. Clar. d. q. 12. n. 5.* Eòq; inclinare videtur etiam *Bald. ad c. si clientulus. n. 11. de alienat. feud. 1. F. 13.* Verùm cum correctiones in dubio præsumendæ non sint, juri fortassis nostro magis convenit, ut *d. l. 21. §. 1.* secundum *l. ult. C. fam. ercisc.* non de omnibus indistinctè liberis, sed iis tantum, qui primum gradum & locum in successione obtinent, accipiamus, ut inter nepotes & reliquos descendentes quidem, æquè ac inter filios testamentum paternum valeat, sed ita demum, si primum locum in successione habeant, per *d. l. ult. ibi: tamen pares videntur esse, dum descendentes omnes pari utuntur jure, & omnes successionis primum locum obtinent, Gloss. ad d. l. ult. Curt. Jun. in d. §. 1. C. de test.* Ad naturales liberos quod attinet, uti ii matri etiam illustri succedunt, *l. pen. C. ad SCt. Orfician:* ita matrem quoq; inter eos absq; solennibus aliàs requisitis, testari posse dicendum est, *arg. d. l. ult. & d. l. 21. §. 1. C. de test.* adeò ut inter spurios etiam matrem testari posse, modò illustris non fuerit, *d. l. pen. C. eod. ad SCt. Orfic. communiter* receptum sit. *Boër. decis. 240. n. 13. in f. Clar. d. q. 12. n. 2. Vasq. de Success. creat. §. 21. n. 55. Hartm. Pistor. d. q. 1. n. 20. Enenck. d. privat. 15. c. 1. n. 1.* Sed & in patre idem nonnulli volunt, ut & is inter liberos naturales, saltem quoad portionem, quam alioquin legis permissu ex paternis bonis capere possunt, absq; consuetis solennitatibus testari possit, *arg. Auth. licet. C. de natural. liber. & N. 139. c. 12. §. 4. Salicet. ad d. l. fin. C. famil. ercisc. Guilhelm. Benedict. in c. Raynutius. extra de test. n. 83. & alii relati à Vasq. d. §. 21. n. 53.* Verùm cùm textus *in d. l. ult. C. famil. ercisc. & d. l. 21. §. 1. C. de test.* satis apertè de iis loquantur liberis, qui jure Civili vel Prætorio ad successionem vocantur, ad naturales commodè referri

 posse

posse non videntur, ut qui patris intuitu & quoad successionem ordinariam pro liberis non habentur, *Jas. in d. l. 21. §. 1. Boër. d. decis. 240. n. 13. & Dd. comm. teste Vasq. d. n. 53. & Clar. d. q. 12. n. 1. Schurff. cent. 3. cons. 57. n. 4. 4. & 5.* Non obstat *l. ult. C. de confirm. tutor.* ibi: quocunq; modo iis dederint: quasi pater naturalis liberis quocunq; modo, & conseq. in testamento minus solenni relinquere possit, *Specul. tit. de instrum. edit. §. compendiosè.* Respondetur enim istorum verborum non hunc esse sensum, sed potius quod pater quocunq; modo id est tam inter vivos, quàm ultima voluntate naturalibus liberis secundum modum tamen à legibus præfinitum, relinquere possit; quemadmodum hæc verba rectè interpretatur *Gloss. ad d. l. ult. Fachin. 4. contr. 3. Adde Enenckel. d. priv. 15. c. 1. n. 9.* Præterea nec ad adoptivos liberos dd. textus in *l. ult. C. fam. ercisc. & d. l. 21. §. 1. C. de test.* pertinere, nec eorum favore dispositionem paternam absq; solennitatibus sustineri putat post *Angel. in d. l. ult. Enenck. d. c. 1. n. fin. arg. §. sed ea omnia. 14. Inst. de hereditatib. quæ ab intest.* quod quoad adoptatos ab extraneo admitti fortassis potest, qui uti in potestatem & familiam adoptantis non transeunt, nec eidem invito succedunt. *§. sed hodie. 2. Inst. de adopt. l. pen. pr. C. eod. t.* ita nec privilegium hoc testandi ad eos pertinere videtur. Adde eundem *Enenck. d. tr. privil. 14. part. prior. c. 3. n. 27.* Quoad eos verò, qui vel arrogati, vel ab avo paterno aut materno adoptati sunt, aliud dicendum videtur, videlicet inter hos quoq; patrem sine solennibus testamentum condere non prohiberi: cum in potestatem familiamq; adoptantis transeant, eiq; durante potestate tanquam sui heredes tam ex testamento, quàm ab intestato succedant, *arg. d. §. 14. versic. nostrâ autem constitutione, inst. de hereditatibus quæ ab intest. §. adoptivi. 4. Inst. de exhered. liber.* Dubitari hic solet, an etiam liberi de bonis fortè quasi Castrensibus inter parentes testantes eodem privilegio gaudeant? Et *Curt.* quidem *Jun. in d. l. 21. §. 1. C. de testamentis. n. 4.* affirmativam tuetur, quam in puncto juris forte veriorem esse scribit *Clar. d. q. 12. n. fin.* & ratione non carere *Boër. d. decis. 240. inf.* Sed contrarium communius receptum est, adeoq; in praxi servandum, fatente *Clar. & Boërio loc. allegat.* Idq; meritò

meritò, cum privilegia ejusmodi contra rationem juris communis recepta, ne quidem ob paritatem rationis extendenda sint, *l. quod contra 14. ff. de legib. Specul. loc. supra allegato, Vasq. d. §. 21. n. 26. Hartm. Pist. d. q. 1. n. 18.* Neq; movent rationes *Curtii* relatæ à *Boër. d. loco* (1) quod parentes & liberi se correlativè habeant, dispositum autem in uno, etiam in altero dispositum intelligatur, *arg. l. fin. C. de indict. viduit. toll.* etiam in correctoriis, *arg. d. l. fin. ibiq. Gloss. & Dd. Everhard. in Topic. loc. à correlativis. 20. n. 2.* (2) quia materia *d. §. ex imperfecto. 1. l. 1. C. de test.* non est correctoria, sed limitatoria tantum, cum regula de testamenti solennitatibus, ibi non in totum tollatur, sed tantum quoad parentes inter liberos testantes limitetur; in materia autem limitatoria licita sit ex identitate rationis extensio, secundum doctrinam *Bart. in l. si constante 24. ff. solut. matrim.* Responderi enim potest (1) nihil referre correctorius sit textus in *d. §. 1.* an limitatorius, sed satis esse, quod jus novum & contra rationem juris constitutum contineat, quod nec ex identitate rationis facilè ad conseq. trahi solet, *d. l. 14. ff. de legib. l. quod contra. 141. ff. de R. J.* Deinde argumenta à correlativis non aliter procedere, quàm si correlatorum eadem sit ratio. *Everh. d. loco. 20. n. 8.* aliam autem hîc rationem esse parentum & liberorum vel inde patet, quod privilegium potissimum favore parentum, & ob pietatem quam liberi parentibus debent introductum sit, ut docet *Enenck. d. priv. 15. c. 1. n. 6. in f.* facit quod pater optimum consilium pro liberis capere intelligatur, cum nullus affectus vincat paternum, *l. nec in ea. 22. §. ult. ff. ad l. Jul. de adult. l. fin. pr. C. de curat. furios. Dn. Conrad. Rittersh. ad N. p. 6. c. 2. n. 1. & n. ult.* Forma hujus testamenti est vel generalis vel Specialis. Generalis est heredis institutio, sine qua nullum consistere potest testamentū, *arg. §. ante 14. Inst. de legat. l. non codicillum. 14. C. de test.* Sed nec quemvis heredem instituere sufficit, sed præcisè liberi instituendi, aut ut oportet, exheredandi sunt, *arg. N. 15. c. 3. pr.* quoniam & hoc testamentum præteritione vel minus rectâ exheredatione nullum esse verius est, *arg. d. l. 21. §. 1. C. de test. & N. 107. pr. Bald. in d. l. 21. §. 1. C. de test. Hartm. Pistor. d. q. 1. n. 13. & Dd. comm. teste Vasq. d. §. 21. n. 3.* Adde *Regner. Sixtin. vol. 2. Marpurg. cons. 19. n.*

5 17.

*§. 17. 18. 19. & 41.* Illud controversum est, an legitima etiam in testamento inter liberos præcisè institutionis titu quenda sit, an alius legati, fideicomm. &c. sufficiat. Et c hujus quæstionis decisio ex eo, an ex *N. 115. c. 3.* in legitim quenda honorabilis institutionis titulus omninò necessar quod supra *c. præced.* cum *Dd. comm.* affirmavimus, quò b causa nos remittimus. Adde *Hartm. Pistor. d. q. 1. n. 12.* 21. n. 68. & eundem lib. 2. de success. creat. §. 20. p. 4. n. 228. & *Enenck. d. privileg. 15. c. 2. n. 14.* Specialis forma est, quod rentum voluntas etiam absq; solennitatibus aliàs requisiti at, per *d. l. ult. C. fam. ercisc. & d. l. 21. §. 1. C. de test.* Sed d tate tamen parentum omninò vel per scripturam, vel per te stare planè debet: nam si voluntatis aliqua occurrat impe testamentum ne parentis quidem inter liberos valere dicen *arg. l. si is, qui 25. & l. ex ea. 29. ff. qui test. fac. poss. & utrobiq. Dd. comm.* teste *Vasq. d. §. 21. n. 62.* Adde *Pantschman. d. lib* Quod si voluntas patris certa sit, sed solennitas aliqua jur munis omissa, puta patens testamentum propria manu scri sed antequam publicaret, vel testes & Notarius accederent serit, testamentum nihilominus valere communiter placu *d. l. ult. C. famil. ercisc. Vasq. d. §. 21. n. 46. Adde Enenckel. d. 15. c. 2. n. 2.* Nec obstat *l. fideicommissa. 11. §. 1. ff. de lega* hoc casu exemplum testamenti potius præparasse, quàm te tum condidisse scriptum est. Respondetur enim d. textu stamentum solenne pertinere, cujus exemplum cum testa tum præparaverit, & priusquam testaretur decesserit, m defectum voluntatis ne in vim quidem codicillorum valer *1. ff. de jur. codicillor.* At nobis sermonem esse de testame tris inter liberos, quod ex privilegio valet, quandocunq; v paterna declarata fuerit. *Fachin. d. lib. 4. contr. c. 4.* Ut de voluntate parentum indubitato constare possit, disting est inter voluntatem verbis tantum prolatam, & in scriptu dactam, sive inter testamentum nuncupativum, & scriptum utrumq; inter liberos valere ex *d. l. 10. & d. l. ult. C. fami* haut obscurè colligitur. Non obstante *d. l. 21. §. 1. C. de*

*N. 107.* quos textus de scripto tantùm testamento loqui expeditum est. *Martin. Antiq. Gloss. & alii allegati à Fachin. 4. controv. 2. pr.* Cum enim *d. l. 16. & l. ult.* expresse contrariæ non sint, meritò secundum reas accipiendæ videntur, ut & jure novissimo tam nuncupativū quàm scriptū, parentis testamentū absq; solennitatib⁹ juris communis valeat, *arg. l. sed &. 28 ff. de legib. Gloss. in d. §. 1. l. 22. C. de testamentis Boër. d. Dec. 240. n. 1. & 2. Geil. 2. obs. 112. n. 4. & Dd. com. teste Clar. d. §. testamentum. q. 11. Enenck. d. privil. 15. c. 2. n. 3. in f.* Et in testamento quidē nuncupativo testes omninò necessarii sunt, cum vix alia ratione nuncupata patris voluntas probari posse videatur, ut supra in militis quoq; testamento monuimus. Cum autem testes in hoc testamento non ad solennitatem, sed ad probationem requirantur, duos sufficere dicendum est, *arg. l. ubi. 12. ff. de testibus Vasq. d. §. 21. n. 58. Boër. Dec. 14. n. 14. Enenck. d. c. 2. n. 4.* Nec refert masculi sint an fœminæ, rogati testes, an fortuiti fuerint, *arg. l. ult. C. de Codicill. Vasq. d. §. 21. n. 58.* Nec movet, quod in testamento militis, omninò masculi & quidem convocati, sive rogati testes requirantur, *§. 1. Inst. de test. milit. & l. Divus. 24. ff. eod. t. Curt. Jun. in d. §. ex imperfecto. d. l. 21. C. de test. n. 10. & 11.* Respondetur enim, non quidem plus privilegii tribui patri testanti inter liberos, quàm militi disponenti inter extraneos, ut ex *Jas. & aliis refert. Vasq. d. §. 22. n. 59.* (id enim recipi haut posse ex iis, quæ in seqq. dicenda erunt, facilè colligi poterit) sed potius quoad fœminas in militari testamento aliam rationem esse; quoad posterius verò, etiam in militari testamento fortuitos testes omninò sufficere per ea quæ supra de militis testamento à nobis dicta sunt. Adde *Enenck. d. c. 2. n. 7. 8. & 9.* In testamento autem in scriptis condito testes planè necessarij non sunt, sed sufficit, si ex ipsa scriptura de voluntate patris constare possit, quemadmodum & supra in testamento militis diximus. Unde si parens propria manu testamētum scripserit, vel saltem ab alio scriptum subscripserit, valebit testamentū. *Auth. quod sine. C. de test. & d. N. 107. c. 1.* Paria enim habētur aliquid scribere vel subscribere, *arg. l. emt. 47. §. 1. ff. de pact. ibiq. Bartol.* modo tamen posteriori hoc casu parens in subscriptione, testamentum id suum esse dilucidè affirmet, aliàs facilè falsitas committi, & dispositio alia contra defuncti mentem subjici posset.

*Clar. d.* §. *testamentũ 1. q. 14. n. 4. Hartm. Pistor. d. q. 1. n. 7. inf. Pantschman d. q. 1. in 1. requisito, & Enenck. d. c. 2. n. 13.* Qu
si totum sua manu scripserit parens, subscriptio ejus necessari
videtur, *arg. d. Auth. Quod sine C. de test.* secus quàm in testa
to solenni, in quo & subscriptionem testatoris necessariam
mant, *ex d. l. 21. pr. C. de testam post Tiber Decian. Pantschma
1. pag. 10.* Sed contrarium verius est, videlicet ne in solenni
testamento subscriptionem testatoris requiri; quando int
testamentum manu ejus scriptum est. *Sichard. ad d. l. 21. n.*
hæc expedita sunt, si inter liberos de manu parentis nulla sit
tatio. Nam si quidam ex liberis hanc esse parentis manum
verint (quod tamen vix absq; calumnia fieri potest *M. Ant.
in d. Auth. Quod sine. q. 4. C. de testam.*) fides vel testibus ve
paratione literarum adstruenda est. Et testibus quidem ad
mum duobus, *Bart. & Dd. in d. Auth. quod sine.* Quo cas
sufficit si testes dicant, se agnoscere scripturam testatoris,
aliàs nota sit, *N. 73. c. 1.* Sed necesse est, ut deponant, se tum
præsentes, atq; id ipsum vidisse, cum testamentum à patre
fuerit. *Bald. & Dd. Comm. ad d. Auth. Quod sine. Hartm.
d. q. 1. n. 4. & 5. Pantschman. d. q. 1. n. 11. & 12.* Idem est, si
testatorem hanc suam voluntatem esse professum fuisse testa
rint, *Pantschman. d. q. 1. n. 13.* Sed quid si scheda patris manu
ta non apud testatorem, sed inter imbreviaturas Notarii de
reperta fuerit, an ea vim testamenti inter liberos obtinebit?
lere etiamsi neq; à Notario subscripta, neq; coram testibus
vel publicata fuerit, docet *Bart. in d. l. fideicommissa. 11. §. 1. f
gat. 3. Pantschman. d. q. 1. n. 8.* Aliud si testatoris manu sch
scripta non sit, adeò ut ne quidem si in parentis arca ejusmod
da reperta fuerit, pro testamento vel alia dispositione validâ
vanda sit, ut rectè docet *Clar. d.* §. *testamentum. q. 14. n. 5. & 7*
si verò testes non adfuerint, etiam comparatione literaru
ptura parentis probari potest, per ea quæ habet *Pantschman
2. q. 2. Adde Joseph. Ludovic. Dec. 7.* Illud hic notandum
parens etiam per alium testari, & voluntatem suam expri
possit, *Vasq. d.* §. *20. n. 76.* Quamvis ipse de eo, & quidem

dubitet: cum privilegia extra terminos, in quibus loquuntur, temerè extendenda non sint. Præterea in testamento parentis scripto temporis appositio requiritur in *d. N. 107. c. 1.* Quod de anno, mense & die *Dd. Comm.* accipiunt, ut si fortè falsitatis aliqua subesset suspicio, eò facilius deprehendi posset. *Clar. d. q. 14. n. 2.* & si plura reperiantur testamenta, constare possit, utrum prius, utrum posterius factum, adeoq; cui standum sit. Nam si duo diversa extent testamenta, & ob defectum subscriptionis non appareat, utrum primum vel secundum sit, neutrum valebit, quoniam hoc casu non jus, sed probatio deficit, *l. duo. 3. ff. de test. tut. Pantschman. d. q. 2. n. 15.* Verius enim omninò est, solennitatem hanc adjecti temporis non respectu extraneorum tantum, sed etiam quoad ipsos liberos requiri, ut contra *Barbat. & Corneum.* rectè docet *Hartm. Pist. d. lib. 1 q. 2. n. 2. & n. 14. & 16.* Tertiò parentem voluntatem suam non notis aut signis, sed verbis claris & integris literis declarare jubet *d. Auth. Quod sine. & d. N. 107. c. 1.* Ex signorum & notarum adjectione oritur obscuritas & ambiguitas, ut voluntas parentum minus rectè deprehendi & explicari possit, *Pantschman. d. q. 1. n. 16.* Nec obstat *l. ult. C. fam. ercisc. ibi : quibuscunq; verbis vel indiciis. Vasq. d. §. 21. n. 81.* Respondetur enim *d. l. & alias similes per jus Nov. in d. N. 107.* correctas, sancitumq; esse, ut hodie & liberorum nomina & unciarum numerum sine notis, manifestis & claris verbis exprimere debeat. *Pantschman. d. loco.* Limitatur (1) nisi notæ illæ usitatæ sint, & tales quæ ab omnibus facilè intelligi possunt. *Bart. & Bald. in d. Auth. Quod sine. Enenckl. d. privil. 15. c. 2. n. 10.* Quæ tamen limitatio, utpote generalitati textus contraria & falsitati viam aperiens fortè temerè recipienda non est. (2) Nisi notæ illæ in eadem scriptura exponerentur, ita ut ex eodem tenore & scripto saltem per relationem constaret, de quo testator senserit, *arg. l. asse toto. 77. ff. de heredib. instit. Pantschman. d. q. 1. n. 17. in f.* Quartò denique requiritur, ut testator in fine apponat generalem clausulam, quæ dixi & scripsi volo servari *secundum Azon. in summa C. de testam, d. q. 1. n. 18.* Verùm hoc requisitum ad illud tantùm testamentum pertineat, quod aliena manu scriptum, parentis subscriptione confirmandum est, ut patet ex iis, quæ supra dicta sunt. Illud hic

 penè

penè frustra monetur, dispositionem parentis inter liberos
cta forma modoq; confectam nō ab intestato in vim codici
sed jure testamenti valere. Eo ipso enim dum Justin. remi
risq; juris Communis solennitatib⁹ certam formam huic di
oni præscribit, procul dubio tanquam testamentum valere
Effectus hujus decisionis est, quòd pater in hac ultima vo
pupillariter substituere, tutores liberis dare, eosq; exhered
sit: quæ codicillis fieri non posse expeditum est. *Gloss. in l.*
*verb. ab intestato. C. famil. ercisc. & Dd. comm. Jas. ad d. §. e*
*fecto. n. 14. Clar. d. §. testamentum. q. 13. Hartman. d. q. 1. n.*
hac communi & verâ opinione dissentit *Fachin. 4. contr. 4.*
textum *in d. l. ult. ibi: licet ab intestato. C. famil. ercisc.* tum qu
*in d. §. ex imperfecto. C. de testam.* neq; in *d. N. 107.* de test
quicquam habeatur, sed hoc tantum inculcetur, quod par
voluntas custodiri debeat. Verùm ad hæc fundamenta, qua
textuum diligentiori inspectione facilè corruunt, sufficie
spondet *Enenckel. d. privil. 15. c. 2. n. 15.* Adde *Bach. ad Tre*
*2. D. 10. th. 6. lit. H.*

## HIC TRES NOTANDÆ SUN
## REGULÆ.

I. Testamentum hoc parentum
liberos constitutionibus Principum fa
liberorum & præcipuè parentum intr
ctum est.

Quemadmodum Dd. comm. testamentum militis, i
rentum inter liberos juri gentium ascribunt, quasi in eo no
nitates juris Civilis, sed jus gentium tantum attendatur, u
est apud *Geilium 2. obs. 112. pr. Clar. d. §. testamentum q. 8. n.*
frustra, cum testamentum in genere juris civilis sit, ut su
probavimus, adeoq; & Species ejusdem juris esse necessum

riusigitur est, & hoc testamentum jure Civili & Constitutionibus Constantini *in l. ult. C. fam. ercisc.* Theodos. *in d. l. 21. §. ex imperfecto C. de test. & Justin. N. 107.* introductum esse: quo postremo textu etiam certa forma modusq; præscriptus est, ut patet ex iis quæ supra in definitionis explicatione à nobis dicta sunt. Ratio hujus privilegii vulgò redditur partim quod hoc testamentum tacitam clausulam Codicillarem contineat *Gloss. in d. l. filii. 16. verb. ab intestato. C. famil. ercisc. Jas. in d. §. & imperfecto. n. 8. Geil. d. obs. 112. n. 1.* partim quod causa testati foveat causam intestati, adeoq; restet falsitatis timor, propter quem lex majorem testium numerum requirit, *l. fin. vers. lex enim. C. de fideicomm.* partim deniq; quod parentum hereditas jure naturali debeatur liberis, *l. scripto. 7. §. ult. ff. unde liber. l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat. Clar. d. q. 8. n. 1. Geil. d. obs. 112. n. 3.* Verùm prima ratio ex eo dubia redditur, quod supra dictum, dispositionem hanc paternam non in vim Codicillorũ ab intestato, sed jure testamenti valere, ut taceam, quod ipsa hæc tacita Codicillaris clausula nondum satis expedita videatur, qua de re *infra c. ult.* hujus tractatus agendum erit. Secunda ratio *Claro d. n. 1.* ideò non immeritò displicet, quod eâ admissâ idem dicendum foret, quandocunq; proximi ab intestato instituti essent, quod tamen Jure Civili nusquam scriptum est. Tertia omninò recipienda, *arg. N. 18. c. 7. ibi: indubitatam det filiis utilitatem, & ibi: sciat huic nihil filiis se prabiturum utilitatis, item: oportet enim providere subtiliter cautela filiorum &c.* Ex quibus verbis facilè colligitur, favorem liberorum huic privilegio causam dedisse, *Cl. Dn. Rittersh. ad Nov. d. p. 6. c. 2. n. 1.* Sed præcipuè tamen ipsorum parentum favorem hic in considerationem venisse, dubitandum non est, ut vel hâc ratione & ex debitæ pietatis & reverentiæ intuitu, qualiscunq; parentum voluntas inter liberos custodiretur: cum aliàs non rarò cõtingat, ut nonnulli ex liberis ab intestato succedere mallent, ut ex seq. reg. satis apparebit. Adde omninò *Enenck. d. privil. 15. c. 1. n. 6. & Mantic. de conjectur. ult. vol. lib. 6. t. 2. n. 12.*

II. Valet hoc testamenrum, non tantum

si liberi æqualiter, sed etiam si inæqualiter instituti fuerint.

*Speculat. in tit. de instrum. edit.* §. *compendiosè vers.* ***quod si pater*** *p. Tiraq. de jur primogen. q. 4. n. 4. & alij ab eo allegati* **existimant**, testamentum parentis inter liberos non aliter valere, quam **si liberi** æqualiter instituti fuerint, tum *per textum in d. l. ult. C.* ***fam. ercisc.*** *ibi pares esse videntur.* quorum verborum hunc sensum esse **volunt**, quod æqualis inter liberos fieri debeat divisio; tũ quod **in favorem** liberorum privilegium hoc testamenti paterni introdu**ctum sit, ut** *praced. reg. dictum*; tum deniq; quod aliàs etiam æqualita**tem inter** liberos servare ipsa naturalis exigat ratio, ut pluribus de**monstrat** *Tiraquell. d. q. 4.* Idq; facilè admittunt, si insignis & injur**iosa fu**erit inæqualitas, *Clar. d.* §. *testamentum. q. 14. n. 8.* Nam **modicam** inæqualitatem non attendi communiter placuit, *teste* ***Tiraq. l. si unquam. 8.*** *in verbis: donatione largitus. C. de revoc. donat. n.* ***125.*** **Alii** indistinctè affirmant, dispositionem parentis inter libero**s valere,** sive æqualiter sive inæqualiter instituti sint, & sive magn**a sive exi**gua inæqualitas fuerit. Et hæc opinio satis vel ex eo probari **videtur**, quod jure communi quoq; parentibus permissum sit **liberos** inæqualiter instituere, modò legitimam portionem iis re**linquant,** *l. cum queritur. 6. & l. parentibus. 8. C. de inoff. testam.* & q**uod aliàs** privilegium hoc testamenti paterni nihil operaretur, cum **& ab in**testato æqualiter successuri essent. §. *cum filius, 6. Inst.* ***de hereditatibus*** *qua ab intest. N. 118. c. 1.* Accedunt textus *in d. l. ult. C.* ***famil. ercisc.*** *ibi: servato SCti auxilio. & d. N. 107. c. 1. ibi:* ***uncias in quibus*** *scripsit heredes, declaret.* Quod si enim semper æqualiter **essent in**stituendi, neq; SCti Trebelliani, neq; expressionis unciarum **facienda** fuisset mentio, ut rectè monet *Mantic. de conject. ult.* ***vol. lib. 6. t. 2. n. 11.*** *inf. & Fachin. d. lib. 4. contr. c. 2.* Nec obstat ***d. l. ult. C.*** *fam. ercisc. ibi: pares esse videntur*: quoniam istorum verbo**rum ali**um planè esse sensum, patet ex iis quæ supra in definitionis **expli**catione circa nepotum institutionem à nobis dicta sunt. **Minus** **movent reliqua duo fundamenta: quippe privilegium hoc testa**

**manti**

menti non liberorum tantum, sed imprimis etiam parentum favoreinductum esse satis apparet ex præced. Reg., & utut æquum sit æqualitatem inter liberos servare, magis tamen æquum est liberos parentum dispositioni licet inæquali acquiescere, cum eos non nisi ex causa ita disposuisse credendum sit, *arg. l. nec in ea. 22. §. ult. ff. ad l. Jul. de adult. Mantic. d. t. 2. n. 13. Hartm. Pistor. d. q. 1. n. 11. Pantschman. d. q. 1. n. 24. & seq. Enenck. d. c. 2. n. 17.*

## III. Privilegium hujus testamenti ad liberos tantum pertinet, & si quid de extraneis personis in eo dispositum, pro non scripto habendum est,

*d. l. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testam. ibiq; Gloss. & Dd.* Ratio hujus regulæ haut obscura est ex Reg. 1. supra posita. Dum enim parentum & liberorum tantùm favorem hoc privilegium concernit, omninò sequi videtur, quoad extraneos jura testamentorum solennium in vigore suo relicta esse. Idq; quoad jus Codicis satis expeditum est per textum *in d. §. 1 ubi id quod extraneis relictum est pro nullo haberi & liberis accrescere expressè scriptum est.* At Jure Novell. distinguendum videtur, ut heredes quidem in ejusmodi testamento extranei minus rectè instituantur, legata autem fideicom. & libertates omninò relinqui possint, per Auth. *Quod sine. in f. C. de test. ibiq; Sichard. n. ult. Enenck. d. privil. 15. c. 1. n. 8.* Verùm hæc distinctio *d. N. 108. c. 1. unde Auth. ista* desumta est, convenire vix videtur, utpote ex qua legata & fideicomm. extraneis relicta regulariter non valere satis luculenter apparet, Non obstante *d. Auth. Quod sine.* quam nimis generaliter ab Irnerio conceptam collatio textuum facilè ostendet: quemadmodum & aliàs in concipiendis Authenticis istis Irnerium interdum errasse post alios à se allegatos monet *Hartm. Pist. d. q. 2. n. 5. Regner. Sixtin. de Regal. lib. 2. c. 15, n. 37. & seqq.* Manet ergo regula, quod id, quod in testamento patris inter liberos extraneis relictum est, salvo quoad liberos testamento

mento, pro non scripto habendum sit, *d. l. 21. §. 1. C. de testam.* Hinc infertur patrem in ejusmodi testamento, filio impuberi unum ex filiis licitè pupillariter substituere, extraneum verò non posse, *arg. d. §. ex imperfecta. C. de testam. Bart. in l. 2. n. 18. ff. de vulg. & pupill. substit. Clar. d. §. testamentum. q. 20. n. 2. Sich. ad d. §. 1. ex imperfecto. n. 8.* Sic quoq; unum ex filiis tutorem aliis liberis constituere in isto testamento non prohibetur: sive is legitimus aliàs futurus tutor, sive non futurus est: extraneum verò si dederit, inutilis est datio, *arg. l. qui à patre. 3. ff. de confirm. tut.* Quamvis enim tutoris datio favorem liberorum concernat, tamen favor iste efficere non potest, ut id quod minus legitimè factum est, in præjudicium tertii pro justo & valido habeatur, *arg. l. impuberi. 40. ff. de administr. & pericul. tutor. Clar. d. q. 10. n. 3. Sichard. ad d. §. ex imperfecto. num. 6. Pantschman. d. lib. 2. q. 6. n. 38.* Confirmari tamen ejusmodi tutorem extraneum à magistratu oportere Dd. magis communiter tenent, quod refert & sequitur *Clar. d. q. 10. n. fin.* Illud hic singulariter notandum, quod licet aliàs mater sine confirmatione liberis tutorem jure dare non possit, in imperfecto tamen & privilegiato hoc testamento id matri denegandum non esse, saltem ut unum ex filiis, reliquis impuberibus tutorem constituere non prohibeatur, docente *Sichard. ad d. §. imperfecto. n. 7.* Limitatur autem Reg. nostra (1) si testamentum integrum parentis manu scriptum, aut adhibitis testibus palam nuncupatum fuerit, quo casu libertates rectè dari, legata & fideicommissa etiam extraneis personis relinqui posse patet ex *d. N. 107. c. 1, vers. si tamen.* Licet enim aliàs in testamẽto patris manu cõscripto testes necessarii non sint, ut supra diximus: tamen id fallit, quando personæ extraneæ aliquid relictum est: tum enim testes omninò necessarios esse voluit *Justin. d. N. 107. c. 1. vers. si tamen &c. ibiq; Cujac. Pantschm. d. q. 6. n. 39. Schurff. cent. 2. consf. 38.* Quot autem testes hoc casu requirantur, variant Interpp. dum quidam quinq; alii septem, alii verò duos tantum testes requirunt, ut videre est ex iis, quæ habet *Pantschm. d. lib. 2. q. 9. n. 1.* Sed postrema opinio, uti communior, ita verior quoq; videtur: tum quod regulariter in testamentis minus solennibus duo testes sufficiant, ut patet ex iis quæ supra de testamento militis &

hoc

hoc ipso parentum inter liberos dicta sunt: tum quod aliàs quoq; quando testium numerus non adjicitur, duobus contenta lex esse soleat, *l. ubi. 12. ff. de testib. Pantschm. d. q. 9. n. 2. ubi n. seq.* rectè monet *d. Auth. quod sine. & N. 107. c. 1. vers. tamen.* ad scriptum tantùm patris testamentum pertinere, non ad nuncupativum, in quo extraneis personis legata & fideicommiss. non aliter relinqui possunt, quam si voluntas testatoris coram 7. testibus nuncupata fuerit, *arg. d. §. ex imperfecto. l. 21. C. de test. junctâ d. N. 107. c. 1.* in quo textu, cum personis extraneis relicta ita demum valeant, si testamentum patris manu integrum scriptum & testibus confirmatum fuerit, facilè colligitur, ad nuncupativum testamentum non pertinere: Non obstante eo, quod aliàs legata & fideicommissa per nũcupationem coram 5. testibus relicta valeant, *arg. l. ult. C. de Codicill.* Respondetur enim id ita demum procedere, si appareat disponentem codicillos facere voluisse, *l. 1. ff. de jur. codicill.* aliàs ex testamento imperfecto (quale & hoc inter liberos esse constat) extraneis nihil debetur. *d. §. ex imperfecto.* adeò ut nec Princeps quidem ex ejusmodi testamento quicquam capere possit, *l. ex imperfecto. 23. ff. de legat. 3.* Nec movet quod in testamento inter liberos clausulam codicillarem semper inesse velint *Dd. magis comm. teste Nic. Boër. decis. 240. n. 6. Clar. d. §. testamentum. q. 8. n. 8.* Hæc enim præsumta, vel tacita codicillaris clausula, quoad liberos tantùm, non quoad extraneos recepta est, *arg. l. coheredi. 41. §. quod si. 3. vers. si non valuit: ibiq; Gloss. in verbo: qua ita. ff. de vulg. & pup. subst.* Adde *Pantschm. d. q. 9.* Deinde limitatur Reg. nostra, quoad piam causam, ut ea pro extranea persona non habeatur, sed legatum in testamento parentis inter liberos, etiam sine testibus relictum valeat: tum per *l. hereditas. 50. §. 1. ff. de hereditatis petit. & l. Quintus. 7. vers. Pompon. ff. de ann. legat. & fideicomm.* tum quod Monasterium filii loco habeatur *in N. 123. c. sed hoc de præsenti &c.* tum etiam quod magis faveatur piæ causæ, quàm liberis, quum nõ agitur de legitima liberis jure naturæ debitâ. *Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 22. n. 15. Idem de success. progress. lib. 3. §. 27. n. 25. Sich. ad d. §. ex imperfecto. n. fin. Boër. Dec. 93. n. 9.* Sed vereor, ut hæc limitatio licet communiter recepta *teste Pantschm. d. q. 6. n. 18.*

Juri nostro satis conveniat, quo extraneæ personæ relictum non aliter valet, quàm si testes adhibiti fuerint, *d. N. 107. c. 1. tamen.* à qua Reg. cum nusquam excepta pia causa legatur, sub ea relinquenda est, neq; id quod parentum & liberorum singulariter constitutum est, sine textu, temerè ad conseque hendum. Nec obstant *textus supra allegati*; quoniam neu testamento minus solenni & imperfecto, de quo eos Dd. vul cipiunt, loqui videtur; *& d. l. 50. §. 1. de hereditat. petit.* nihi dicit, quàm hoc, quod si is, qui pro herede possidet, ex de voluntate ipsi monumentum fecerit, sumtus vel doli excep retinere, vel actione negotiorum gestorum repetere possit, ipso textu satis apparet. Sic & *l. 7. ff. de ann. legat.* hoc tantùm quod heres solus institutus & monumentum facere jussus nō getur, vel actione aliquâ conveniri possit, sed judicis tamen ventu hæc omnia ad effectum deduci debeant: ex quo legat pias causas in testamento imperfecto relictum valere inferr haut videtur. Sed nec argumentum à Monasterio ductum momenti est, partim quod nondum satis expeditum sit, sterium filii loco haberi, cum nulla lege id reperiatur expre ut monet *Bart. in Auth. rogati. C. ad Senatus Conf. Trebell. & al gati à Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 21. n. 166.* partim quod admissa regula de monasterio loco filii habendo, quod verius dit *Vasq. d. loco*, tamen non absolutè, sed tantùm secundum accipienda sit, cum neq; textu neq; ratione probari possit, sterium simpliciter & absolutè pro filio haberi. Adde *Pantsc q. 6. n. 18. & seqq.* Deniq; nec illud perpetuò verum est, quo jor sit favor piæ causæ, quàm liberorum. Quamvis enim i busdam (puta quod testamentum nutu conditum, & in arbit alienum collatū, inter liberos non valeat, ad pias autem causa sistat *Clar. d. §. testamentum. q. 6. n. 5. & q. 8. n. fin.*) magis v tur jura favere piæ causæ, quàm liberis, tamen id simpliciter endum non est, cum interdum major sit favor dispositionis liberos, quàm ad pias causas, quippe illa etiam sine ullis test hæc non aliter, quàm coram duobus confecta subsistit, ut sup ximus, & infra quoq; dicendum erit. Facit quod diversa q

sit utriusq; ratio: testamentum enim parentis inter liberos præcipuè parentum favorem concernit: *supra reg. 1.* at testamentum ad pias causas, ipsarum piarum causarum favorem potissimum concernere expeditum est, *per c. relatum. 11. extra. de testamentis.* Hinc legata testamento ad pias causas etiam Laicis relicta valent, secundũ communem Dd. opinionem, de quâ testatur *Jas. in d. l. 21. §. ex imperfecto. n. 10. C. de test.* frustra dissentiente *Jason. & Vasq. d. lib. 3. §. 22. n. 11.* Contra verò extraneis in testamento inter liberos relicta regulariter non valere patet ex *d. §. ex imperfecto. & d. N. 107. c. 1.* Præterea limitari regulam nostram volunt in uxore aliisq; conjunctis personis, sive sanguine, sive aliàs magna amicitia junctæ fuerint, *arg. l. in testamento. 38 ff. de fideicomm. libertat.* cum licitus amor vim clausulæ codicillaris habere intelligatur. *Vasq. d. l. 3. §. 21. n. 161. & 162. & Dd. Comm.* Verùm nec hæc limitatio facilè recipienda videtur *per textum in d. N. 107. n. 1.* ubi expresè ad hoc ut legatum uxori relictum valeat, requiritur, ut testamentum integrũ manu testatoris scriptum sit, & testes intervenerint, quos aliàs ad testamentum parentis inter liberos necessarios non esse suprà ostendimus. Nec movet vel *d. l. 38. de fideicomm. libertatibus*, vel regula de clausula codicillari propter amorem intelligenda: quoniam in *d. l.* enixa parentis voluntas, qui etiam ab intestato dispositionem suam servari voluit, libertatem & fideicommissa alumnæ relicta sustinet, ut ex ipso textu satis apparet: quo casu, si quinq; testes intervenerint, quos in omni ultima voluntate necessarios esse constat *ex l. ult. §. ult. C. de codicill.* clausulam codicillarem intelligi posse concedit *Pantschman. d. q. 6. n. 65. & seqq.* quem de hac quæstione omninò vide. Adde *add. l. 38. ea quæ infr. c. ult. de tacita hac clausula ex Giph. à nobis dicta sunt.*

## Tertia Species imperfecti testamenti, est ad pias causas factum, in quo Ecclesiæ aliæq; piæ causæ coram duobus testibus heredes instituuntur.

*c. relatum. 11. extra de test. ibiq; Gloss. & Dd. comm. Don. 6. comm. 9. in f. Schurff. cent. 1. cons. 31. Alvar. Valasc. tom. 1. consult. 67. & 74. Jul. Clar. d. §. testamentum. q. 5. 6. & 7.* Descriptio hæc desumta est à subjecto & forma. Nam de causa efficiente, quam in superioribus duabus Speciebus adjunximus, hic frustra quæritur, cum eadem sit, quæ testamenti in genere, testator videlicet quivis qui de rebus suis disponere potest, *Clar. d. q. 5. n. 1.* Subjectum sunt monasteria, Ecclesiæ, pauperes, aliæq; piæ causæ, *arg. l. 1. C. de SS. Eccles. ibiq; Gloss. & Dd.* Forma in ea posita est, ut voluntas coram duobus testibus exprimatur, *d. c. 11. extra de testam. Schurff. d. cons. 31. n. 7. & n. 10. & Dd. comm. teste Clar. d. q. 6. n. 2.* Sive in scripturam redacta, sive per nuncupationem id factum fuerit, *per dictũ c. 11.* in quo cum textus indistinctè loquatur, generaliter etiam & indistinctè accipiendus est, *arg. vulgata. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act.* Nec referre volunt, utrum mulieres, an masculi in testimonium adhibiti, *Schurff. d. cons. 31. n. 10. Clar. d. q. 6. n. 4.* rogati an non rogati fuerint. *Clar. d. q. 6. n. 3. & Dd. comm.* Verùm cum regulariter in testamento masculi tantum, iiq; specialiter ad hoc rogati testes adhiberi soleant, *per §. 6. Inst. de test. & d. l. 21. C. eod tit.* neq; ullo textu exceptiones istæ probari possint, juri fortassis satis convenire non videntur, ut agnoscit quoad rogationem omninò *Clar. d. q. 6. n. 3.* quamvis in foro judicando & consulendo à communi hac Dd. opinione temerè recedendum non sit, ut monet *Clar. d. loco.* Et præter hanc formam pleriq; nihil amplius desiderant, sed solennitates juris Civilis æquè ac in testamento parentis inter liberos remissas esse volunt, ut videre est *apud Schurff. d. cons. 31. n. 6. Clar. d. q. 6. n. 1.* Hinc (1) dispositionem ad pias causas etiam sine ullis testibus ex sola disponentis voluntate valere volunt *Covarr. in d. c. relatum. n. 12, extra de testam.* eamq; referens *Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 3. n. 17.* (2) testamentum ad pias causas etiam ratione voluntatis imperfectum subsistere, *Bart. in d. l. 38. ff. de fideicomm. libert. Tiraq. priv. 7. pia causa. Vasq. d. n. 17.* quos ferè sequitur *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. 6. lit. I.* ubi & differentiæ rationem inter testamentum parentis inter liberos & dispositionem hanc ad pias causas adsignare conatur. (3) Testamentum in alterius

rius collatum arbitrium, & (4) etiam nutu factum valere, *Clar. d. q. 6. n. 5. & n. 7. q. 8. n. fin.* (5) neq; requiri, ut filiis titulo institutionis aliquid relinquatur; cum hæ solennitates omnes civiles sint; adeoq; in testamento ad pias causas meritò non attendātur: *Clar. d. q. 5. n. 8. & Dd. comm.* Verùm quid de præmissis hisce conclusionibus sentiendum sit, facilè colligitur ex ipso textu in *d. c. 11. extra de testament.*, in quo cum quoad pias causas nihil de solennibus mutatum sit præter testium numerum, ut duo videlicet testes sufficiant, meritò sine lege aut canone loqui erubescimus cum *Justin. in N. 18. c. 5.* Quamvis enim magnus sit religionis & piarum causarum favor, tantus tamen non est ut propterea à lege & regulis testamentorum recedi debeat, *arg. l. 2. C. quæ sit longa consuet.* Unde verius est 1. dispositionem ad pias causas factam omninò duos testes requirere, sive in scriptis sive per nuncupationem facta fuerit, *arg. d. c. 11. extra de testament.* & conseq. schedulam licet manu testatoris scriptam sine testibus in vim testamenti vel alterius voluntatis ultimæ non sustineri, ut rectè post *Dd. comm. docet Clar. d. q. 7. n. 2. & 3.* etiamsi in foro poli ut ipse loquitur, longè tutiorem existimet opinionem contrariam, sed frustrà, cum Evangelium Politias non tollat, & leges honestæ & cum jure Divino non pugnantes etiam in foro Poli observandæ sint. Nec movet comparatio testamenti parentis inter liberos & ad pias causas confecti: quoniam diversa utriusq; est ratio, cum major favor sit liberorum, qui aliàs omninò ab intestato successuri sunt, quam piæ causæ, ut agnoscit *Clar. d. q. 7. n. 2.* Minus ad rem facit *d. l. 38. ff. de fideicomm. libert.* utpote, quæ casum specialem continet, & de testamento imperfecto inter liberos satis apertè loquitur. *Adde Fachin. 4. contr. 4. sub fin. & Dn. Rittershus. de diff. jur. Civil. & Canon. lib. 4. c. 2.* Deinde fallitur *Bart. & qui eum sequuntur*, dum testamentum etiam ratione voluntatis imperfectum favore piarum causarum sustineri existimant. Nam ut taceam, quod testamentum parentis inter liberos hac ratione imperfectum procul dubio invalidum sit, nullus quoq; textus vel juris Civilis vel Canonici afferri potest, quo exceptio illa & privilegium probari possit, adeoq; meritò standum regulæ, quæ est testamentum ratione volun-

 tatis

tatis imperfectum ipso jure nullius momenti esse, *si is qui. 25. ff. qui test. fac. poss. Clar. d. q. 7. n. 4. & Dd. comm.* Adde *Pantschman. d. lib. 2. Quæst. jur. controv. q. 3. n. 11. & 12. & seqq. Ant. Fabr. Dec. 35. error. 8. Vasq. d. §. 22. n. 6. & seqq.* Neq; nodum tollit differentiæ ratio inter testamentum parentis inter liberos & ad pias causas factum *à Bach. allata d. loco.* quod aliàs cæteris liberis manifesta fieret injuria, si voluntas patris imperfecta super successionibus filii, cum etiam de cæteris disponere vellet, observaretur: quam rationem in piis causis locum non habere expeditum sit. Quamvis enim fortassis differentia hæc negari haut possit, tamen ad vires testamento quoad voluntatem imperfecto conciliandas sufficere non videtur, cum admissa hac opinione facilè contingere possit, ut contra voluntatem testantium, quos sæpè in ipso testandi actu quædam addere, quædam detrahere, quædam mutare videmus, bona eorum ad alios quam velint ipsi, perveniant, *arg. §. 1. in f. Inst. de test. milit.* Deniq; nec 3. 4. & 5. conclusio de testamento in arbitrium alterius collato, nutu facto, & in quo filiis nihil institutionis titulo relictum est, temerè recipiendæ videntur. Nam licet privilegio solennitates istas remitti posse non dubitemus, & aliàs ex mero jure Gentium necessariæ non sint, tamen cum lege destituamur, nec ullo textu merum jus gentium in testamento ad pias causas attendendum esse probari possit, tutius & hic regulas juris civilis sequimur per ea quæ supra dicta sunt.

## HIC QUOQUE III. NOTANDÆ SUNT REGULÆ

### 1. Testamentum hoc ad pias causas jure Canonico favore religionis & piarum causarum introductum est.

*d. c. relatum. 11. extra de test.* Jure antiquo non licebat privatis aliquid relinquere collegiis aut locis piis; sed postea Constanti-

stantinus id permisit in *l. 1. C. de SS. Eccles.* ubi *Gloss. & Dd. comm. Clar. d. q. 5. n. 1.* Hinc dubitatum fuit, an ex eo quod *d. l. 1.* libere cuivis permittit Ecclesiis aliisq; locis piis relinquere etiam solennitates juris Civilis sublatæ sint, ut testatur *Clar. q. 6. pr.* Verùm quid ad hoc dubium respondendum sit, facilè colligitur ex iis, quæ supra dicta sunt, videlicet nec Civili, nec Canonico jure id sufficienter probari posse: neq; enim verisimile est vel Imp. incidenter & quasi aliud agendo, nec Pontificem, dum duos testes sufficere constituit, reliquas solennitates juris omnes tollere voluisse. Nec movet quod testamentum hoc ad jus gentium referant, quo nullæ solennitates necessariæ sunt, sed sufficit, ut quocunq; modo de voluntate defuncti constiterit. *Clar. d. q. 6. n. 1. Treutl. d. th. 6. lit. I. & Dd. comm.* Nam id concedi haut posse, patet ex iis, quæ supra de testamento militis & parentis inter liberos à nobis prolata sunt. *Adde Ant. Fabr. Dec. 36. error. 2.* ubi tamen in eo errat, quod omnem voluntatem ultimam tãquàm rationi naturali cõtrariam, à jure Civili inventam esse scribit: qua de re supra *in part. gen. c. 2.* egimus. Illud hic paucis videndum an privilegium hoc testamenti ad pias causas, ut duo videlicet testes sufficiant, etiam ex jure Civili obtineri possit? Et Tiraquell. quidem *priv. pia causa primo post Dd. communiter* affirmativam tueri conatur: tum, quod non debeat major favor esse liberorum, quàm piæ causæ, cum testator non minus animam suam, quam liberos dilexisse credendum sit, & aliàs summa semper sit illa ratio, quæ pro religione facit, *l. sunt personæ 43. inf. ff. de religios. & sum. funer.* tum *per d. l in testamento. 38. ff. de fideicomm. libertat.* Sed contrarium verius est, videlicet demum jure canon. id inductum esse per *d. c. 11. extra testamentis.* Non obstantibus iis, quæ pro affirmativa modò allata sunt, quoniam ut à posteriori incipiamus *d. l. 38.* de testamento inter liberos & legato alumnæ relicto, adeoq; speciali planè casu loquitur, ut jam supra attigimus, & monet etiam *Bach. ad d. th. 6. lit. I. Adde Fabr. Dec. 35. err. 7. qui ultima d. l. verba: & ideo fideicommissa etiam in præstanda,* vel ab imperito aliquo interprete adjecta, vel saltem textum emendandum esse: quorum tamen neutrum necessarium esse videtur; quemadmodum si ferret instituti ratio haut

haud difficulter ostendi posset. Deinde comparatio ist
tionis paternæ & cujusvis ad pias causas perpetua non e
quod textus juris Civilis expresse de testamento patris int
concepti sint, adeoq; temere extendi non debeant, *arg. l.*
*constit. Princ.* tum quod in dispositione inter liberos propt
tio, quod aliàs liberis à natura debeatur parentum heredit
*de bon. damn.* tum quod in *d. N. 107. c. 1.* pia causa satis a
cludi videatur, eo ipso dum libertas in testamento isto non
tâ solennitate adhibita relinqui possit, ut supra sub reg. 3.
mento patris inter liberos ostendimus. *Adde Fabr. d.*
*Bach. d. th. 7. lit. I.*

## 2. Privilegium hoc non tantum lennitatum remissione, sed etiam in toris persona singularia quædam con videtur.

Dubitatum fuit, an per *l. 1. C. de S. S. Eccles. in ver*
*quisq;* etiam ii qui aliàs inhabiles sunt, quoad dispositione
as causas habiles effecti fuerint. Et nonnullos id affirma
tur *Clar. d. q. 5. n. 2.* ut lex ista aliquid operetur. Sed m
improbat ibidem *Clar. cum d. l. 1.* satis in eo operetur, quo
cuivis privato (quod olim nō licebat) Ecclesiis, aliisq; locis
suo relinquere liceat. Hinc neq; furiosum, neq; prodi
pupillum, licet pubertati proximum ad pias causas testari
omninò dicendum est. *Clar. d. q. 5. n. 3. 4. & 5.* Addit ne
tum ad mortem, quasi nec is ad pias causas disponere pos
Sed contrarium jure novissimo verius esse, & damnatur
menti factione regulariter non arceri supra docuimus *in*
*c. 2. inf.* quod & in praxi observari fatetur ipse *Clar. d. §. test*
*q. 21. n. 0.* De filiisfam. an de bonis adventitiis ad pias
stari possint, res difficultate non caret: sed Dd. magis co

firmativam probant, ut saltem patre consentiente non prohibeantur per textum in *c. licet. 4. inf. ibiq. Gloss. de sepulturis in 6.* idq; indistinctè sive usumfr. in bonis adventitiis habeat, sive non habeat, docente *Clar. d. q. 5. n. 7. & 8.* Adde *Jas. ad l. senium. 3. C. qui test. fac. poss.* Sed negativa fortassis verior est per *reg. supra c. 1. traditam,* quod filiusfam. ne consentiente quidem patre testari possit, *l. pen. C. qui test. fac. poss. l. tam is. 25. §. 1. ff. de m. c. donat.* à qua reg. cũ nusquã dispositio ad pias causas excepta est, merito sub ea relinquenda. Neq; satis probare videtur affirmantem opinionem *d. c. licet inf.* utpote in quo nullum verbum de testamento condendo, sed hoc tantum habetur, & quidem à contrario sensu, quod filiusfamil. consentiente patre de bonis adventitiis aliquid pro anima judicare possit. Quæ verba pro anima judicare, licet ultimæ voluntatis dispositionem denotent, *arg. c. est autem. §. 1. qualiter olim pot. feud. alienar. 2. F. 9. Hotom. de verb. feud. verbo: judicare:* tamen de testamentaria dispositione ea accipere, nulla nos cogit necessitas, cum & in m. c. donatione verificari possint, *arg. l. 25. §. 1. ff. ff. de m. c. donat.* Et hæc posterior explicatio etiam *Gloss.* displicere non videtur, & vel propterea præferenda est, ne Canonicum sine expresso aliquo textu constituatur. *adde Vasq. d. lib. 3. de success. creat. §. 22. n. 8. Bach. ad d. th. 6. lit. I.*

## 3. In testamento ad pias causas etiam laicis sive extraneis relicta valent.

Attigimus hoc jam supra sub testamento paterno *reg. 3.* Sed in dubium vocatur à *Jas. in d. l. 21. §. ex imperfecto C. de test. & l. 1. C. de SS. Eccles. Vasq. d. §. 22. n. 11. in fin. & Jul. Clar. d. q. 6. n. f.* Utuntur exemplo à testamento parentis inter liberos & *l si is qui. 6. ff. de vulg. & pupill. substit.* tum quod aliàs facilè fraus legi fieri, & id quod ad pias causas favorabiliter constitutum, contra mentem constituentium ad laicos & extraneos porrigi posset. *Vasq. d. §. 22. inf. pr. Clar. d. n. ult. inf.* Verùm quicquid sit, uti communior, ita verior quoq; affirmativa videtur, cum testamentum hoc simpli-

citer & sine ulla exceptione confirmatum sit in *d. c. 11. extra de test.* adeoq; principali subsistente, & ea quæ accedunt, valere debeant, *arg. l. 2. ff. de pecul. legat. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff. de R. J.* Nec multum ad rem facit exemplum testamenti paterni inter liberos, utpote quod sub condicione ista, ne extraneis relictum valeat, expressè constitutum est, uti patet ex *d. l. 21. §. ex imperfecto. C. de testamentis, ibi; Gloss. & Dd. comm.* at testamentum ad pias causas jure Canon. simpliciter sine ulla Laicorum exceptione confirmatū est, *d. c. 11.* ideoq; heredis institutione & testamento subsistente, & legata, licet Laicis relicta valere dicendū est: idq; eò magis, quod hoc jure & alia testamenta coram Parocho & duobus testibus facta firma sint per textum *in c. cum esses 10. extra de test.* Sic nec *d. l. 6. de vulg. & pup. substit.* negantem opinionem satis confirmat, quippe ex qua nihil aliud probatur, quàm substitutum incapacem ex bonis parentis nihil capere, licet ex bonis pupilli capere non prohibeatur, si modò capax sit, cum filius decessit, *l. 11. ff. d. t.* In nostris autem terminis Laicum incapacem esse frustra & sine ullo textu præsupponitur, adeoq; hoc ipsum, eadem facilitate, qua affertur, vicissim rejicitur. Deniq; metuendum non est, hac ratione fraudem legi fieri: quoniam *lex sive textus Canon.* testamentum ad pias causas simpliciter confirmat, adeoq; omnia eidem cohærentia confirmari censendum est, per ea, quæ supra dicta sunt. Limitatur hæc reg. ut non procedat, si filiusfam. consensu patris ad pias causas testatus fuerit. Hoc enim casu legata aliis personis, puta Laicis relicta non valere, neq; tamen piæ causæ accrescere, sed ad venientes ab intestato pertinere, *Dd. comm.* tradunt. *Bald. in d. l. senium. 3. C. de test. Jas. ad d. §. ex imperfecto. n. 11. Clar. d. q. 5. n. fin.* Ratio hujus exceptionis est, quod defectus hic sit in potestate testantis, sive in ipsa testamentifactione, quæ cum ad pias causas tantum concessa sit, extra eas ad legata Laicis relicta porrigenda non est, *Clar. d. q. 6. n. fin.* Verùm quid de hac limitatione sentiendum facilè patet ex iis, quæ ad præced. reg. à nobis dicta sunt.

Quarta Species testamẽti minus solennis est testamẽtum rusticorum, quod illi coram 5. testibus, si 7. non reperiantur, & absq; subscriptione, si literati desint, ruri conficiunt.

*l. ult. C. de test.* Definitio sive descriptio hæc petita est à causa efficiente & forma. Efficiens sunt rustici, & quidem ruri degentes: nam si in civitate vel oppido testari voluerint, ubi plures, & literati non desunt, septem testes adhibere & subscriptionibus quoq; testium uti debent. Cum enim privilegium hoc non rusticitatem, sed simul difficultatem respiciat, deficiente altera hac privilegii causa, & ipsum privilegium deficere dicendum videtur. Non obstat quòd aliàs rusticitas etiam in urbe veniam & excusationem mereatur in iis, quæ modicam aliquam solennitatem respiciunt, *l. 1. §. ult. ff. de ventr. inspic.* quemadmodum hoc casu testium numerus & subscriptio habentur. Respondetur enim ibi rusticitatem non hominem ruri degentem, sed simplicitatem animi, sine fraude & dolo sive incuriam denotare, *arg. l. 2. ff. si quis in jus vocat. non ierit. l. 2. C. de in jus voc. l. 3. §. ult. ff. de suspect. tutor.* quæ interdum in iis quæ à jure Civili extrinsecus requiruntur, excusationem præstat, in iis autem quæ jure gentium vel naturali exiguntur, veniam non meretur, *d. l. 2. C. de in jus voc. Adde Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 9. n. 9.* Hinc si fortè civem ruri vel in pago testamentum facere contingat, eum hoc privilegio non juvari, sed solennitates juris Civilis observare debere dicendum videtur. *Duar. adt. ff. qui test. fac. poss. p. 331. Hillig. ad Don. lib. 6. comm. 9. lit. C. Adde Carpz. p. 3. Constit. 4. Defin. 30.* Non obstat quod privilegio militaris testamenti comprehendantur etiam ii, qui milites non sint, si modo in hostico deprehendantur ibiq; decedant, *l. ult. ff. de test. milit. l. un. ff. de bon. poss. ex test. milit.* quo argumento fortassis motus est *Gothofr. ad d. l. ult. lit. F. G. de test.* Respondetur enim (1) ibi con-

constitutionibus id ita comprehensum esse, quæ cum hic deficiant, meritò sine lege loqui erubescimus, *arg. N. 18. c. 5.* Deinde & personas istas puta Præsidem provinciæ, legatum & similes, licet milites non sint, in procinctu tamen versari, eademq; pericula experiri, & conseq. jura quoq; eadem sibi vindicare, *d. l. un. de bon. poss. ex test. milit.* Limitatur, ut procedat *d. l. ult. C. de test.* in testamento rustici scripto, non nuncupativo, in quo 7. testes requiri volunt *Azo relatus ab Accurs. ad d. l. ult. & Gothfr. ibid. lit. A.* Sed vereor ut hæc limitatio rectè se habeat, cum rustici nec *in d. l. ult.* nec alibi usquam à testamento per nuncupationem faciendo excludantur; & aliàs nisi expressè aliud decisum repetiatur, eadem nuncupativi & scripti testamenti ratio esse soleat, *arg. l. jubemus. 29. vers. quemadmodum. C. d. t.* eoq; inclinare videtur etiam *Gloss. in d. l. ult. C. de test.* Deinde limitatur *d. l. ult.* quoad forum Saxonicum, ubi secundum receptam consuetudinem pronunciari solet, testamentum in rustico coram Presbytero & duobus testibus factum valere, ut testatur *Matth. Coler. Decis. 35. n. 4. & 5.* Sed contrarium tradit *Carpzov. p. 3. Const. 4. def. 40.*

## Ultima Species imperfecti testamenti est, testamentũ tempore pestis cõditum, quo Jure Civili consociatio sive conjunctio testium non etiã convenientis numeri observatio remissa est.

*Arg. l. casus. 8. C. de testam.* In eo quidem omnes conveniunt remissum aliquid esse in hoc testamenti genere de solennitatibus, sed in quo id ipsum consistat, variæ sunt Dd. opiniones. Quidam enim duos vel tres sufficere volunt; tum quod necessitas non habeat legem, sed quod lege licitum non est, licitum faciat necessitas, *arg. l. 1. C. de oper. libert. c. quod non est. 4. extra de reg. jur.* tum quod & tempore belli solennitates remissæ & militantibus coram duob.

duob. testibus elogia sua condere concessum sit, per ea quæ supra de *test. milit.* dicta sunt: at pestis tempore bellum vel prælium videatur inter Deum & homines, *l. si pars. 10. ff. de inoff. test.* Et secundum hanc opinionem judicatum refert *Guid. Papa Dec. 43. & in Cam. Imper.* eam observari testatur *Geil. d. obs. 118. n. 18. Mynf. cent. 1. obs. 96.* Adde *Roland. à Vall. vol. 1. cons. 81. n. 4.* Alii quinq; testes requirunt, si videlicet plures haberi nequeant, tum *arg. l. ult. C. de testam.* ubi propter difficultatem vel testium penuriam in rustici testamento quinq; testes sufficiunt: tum *arg. d. l. 8. C. eod. t.* ubi propter metum contagionis de jure communi aliquid relaxatum est: æquissima autem relaxatio est, si duo testes de summi juris observatione remittantur: tum quod in codicillis & omnibus dispositionibus quæ jure codicillorum valent, sive in quibus clausula codicillaris subintelligitur, 5. testes sufficiant, *l. ult. C. de Jure Codicill. Ang. ad §. ult. Inst. de testam. Jas. ad d. l. ult. C. eod. t. Gothofr. ad d. l. 8. C. eod. & Dd. comm. teste Clar. ad d. §. testamentum. q. 56. n. 3. & Mynf. d. obs. 96.* Secundum quam opinionem etiam Parlamentum Burdegalense judicasse refert *Boër. Dec. 228. & ex eo Clar. d. loco.* Alii distinguunt inter pestem magnam & exiguam, ut posteriori casu legitimus testium numerus omninò requiratur, *arg. l. parentum. 6. ff. de re judic.* priori verò in terris Ecclesiæ duo testes, per *c. cum esses. 10. extra de test.* in terris imperii quinq; testes sufficiant, *arg. d. l. ult. C. de testam.* Si modò testator ipse peste correptus sit: atq; ita quoq; judicatum testatur *Boër. Dec. 222. Adde Vasq. d. lib. 3. de success. creat. §. 22. n. 35. & 36.* Alii deniq; etiam in testamento testis tempore confecto 7. testes requiri contendunt, tum per *d. l. 8. C. de testam.* quem textum de pestis contagione non Græci tantùm, referente & sequente eos, *Cujac. 26. obs. 10. & Gothofr. ad d. l. 8.* sed etiã *Dd. magis communiter* teste *Fachin. 5. com. 92. Gtph. ad d. l. 8. Harp. ad §. 3. Inst. de testam. n. 36. & seqq.* accipiunt tum quod nulla lex, nulla constitutio testamentum tempore pestis factum à juris communis reg. excipiat, adeoq; meritò sub iis relinquendum sit. Et hæc postrema opinio juri nostro magis convenire videtur, quo solennitates testamenti, nisi in casu aliquo remissæ fuerint, præcisè observãdæ sunt, adeò ut si id fortè factum non fuerit, testamentum ipso

jure nullius momenti sit, *l. si unus. 12. C. d. t. pr. Inst. de exhered. liber. cum similibus.* Est enim solennitas testamenti de forma testamenti, saltem externa, qua non observata actum corruere necesse est. Non obstat quod *Vivianus relatus à Gloss in d. l. 8. Odofred. Castrens. & alii quos refert & sequitur Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. 6. lit. l. inf. textum d. l. 8.* non de peste, sed alio morbo contagioso, fortè caduco vel simili accipiant. Respondetur enim propriè cōtagionem de peste magis, quam aliis morbis prædicari, fatente etiam *Bach.* (qui propterea verbum verbum contagionis paulò latius accipiendum putat, ut quemvis morbum atrociorem, quem abhorrere solent homines, designat) in dubio autem verba propriè accipienda esse, *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* Deinde etiamsi fateamur, *d. l.* de aliquo morbo non de peste commodè accipi posse, tamen sine textu à solennitatibus recedere, & privilegia nova inducere non liceret. *Adde Arum. Ex. 7. th. 11. & Dn. Ungep. Ex. 8. q. 1.* Nec movent, quæ supra pro prima opinione in contrarium allata sunt: quoniam (1) ob necessitatem non aliter à jure receditur, quàm si id in casibus certis expressum fuerit, ut colligitur ex *arg. l. ult. C. de testam.* & docet *Giph. ad d. l. 8. C. eod. t.* (2) quoniam temporis belli & pestis nulla justa est comparatio, nisi secundum quid: imò si tunc bellum esset inter Deum & homines, dicendum potius foret, nihil omninò indulgendum iis, nec ullum privilegium concedendum, qui cum creatore sibi bellum esse intelligunt, adeoq; pœnam se potius meritos ultrò censent ac sentiunt, ut monet *Tima. Fab. D. ad Inst. D. 18. th. 6.* Deniq; quia nullum hic est dubium nisi fortè ex opinionibus Dd. quæ contra textus aut certè rationes juris attendendæ non sunt, *arg. eorum quæ habet Everhard. in Topic. loco 82. à contrario sens. n. 42. & 43.* Sic quoq; non resistunt, quæ pro secunda opinione producta sunt. quippe (1) quod de testamento ruri condito specialiter decisum est, ad testamentum in civitate, licet pestis tempore factum, temerè & sine lege extendendum non est; cum in testamentis propter falsitatis suspicionem, quæ imprimis isto tempore metuenda est, extensio admitti non debeat, *arg. l. ult. C. de fideicomm. Fachin. d. c. 92.* Hinc *Bart.* Cæsareâ decisione vel provisione hanc quæstionem

nem indigere monet in *d. l. un. ff. de bon. poss. ex test. milit.* Sed nec ullâ consequentia est, propter metum contagionis de jure communi aliquid relaxatum est, ergo 5. testes sufficiunt, quoniam in quo subsistat relaxatio, vel remissio ista, satis ex ipso *d. l. 8. textu* colligitur, videlicet, ut sociari quidem testes necesse non sit, de numero autem septenario nihil remissum intelligitur. Deniq; minus rectè à Codicillis ad testamentum tempore pestis conditum argumentum ducitur, cum clausulam codicillarem tacitè huic testamento inesse, non præsupponendum, sed probandum sit. Præterea ad distinctionem inter pestem magnam & exiguam, & utrum testator correptus, an non correptus sit, quod attinet, ea eâdem facilitate, qua affertur, rejicitur, cum ejus nullum in jure extet vestigium. Sed neq; æquitatis ratio, cujus solius intuitu etiam præter jus scriptum, hoc testamentum sustineri contendit *Vasq. de success. resolutione lib. 1. §. 9. n. 8. Tima. Fab. d. D. 18. th. 6.* fortassis sufficit, cum admissâ eâ, exemplo testamenti militaris, in quo licet summa esset æquitas, tamen ut sine solennitatibus juris Civilis valeret, specialibus rescriptis & constitutionibus Impp. opus fuit, ut patet, *ex tot. t. Inst. ff. & C. test. milit.* Verùm utut hæc jure nostro ita se habeant, tamen in foro contrarium receptum est, ut non tantum coram 5. testibus, secundum ea, quæ supra dicta sunt, sed etiam coram duobus facta ejusmodi testamenta pro validis etiam in Camer. imperiali recipiantur, *teste Mynsf. & Geil. loc. allegat.* Quæ sententia etiam *jure Saxon.* confirmata est, ut videri potest apud *Carpz. in Jurispr. forens. p. 3. Const. 4.* Et hâc communi opinione positâ, ulterius quæritur, an testes in hoc testamento masculos, & rogatos esse oporteat? Et secundum jus Commune affirmativa omninò verior est, quo consociationem tantum, non alias solennitates remissas esse colligitur ex *d. l. 8. C. de testam.* Ex communi tamen Dd. opinione etiam fæminas, easq; sive rogatæ sive non rogatæ fuerint, sufficere placuit: quoniam utrumq; hoc, & ut masculi tantum, & rogati non fortuiti testes adhibeantur, ad solennitates juris Civilis pertinet, quas in imperfectis & minus solennibus testamentis, in quib. jus gentium potius, quam Civile attenditur, non observari receptum est, *Bened. Carpzov. d. p. 3. Const. 4. def. 6. & 8.*

*& 8. & alii* ab eo *allegati*. Sed quid si testator contagiosus ex fenestra coram prætereuntibus voluntatem suam explicet? Et valere testamentum verius est, vel jure communi, si *7.* testes adhibiti, vel ex consuetudine coram 5. vel duobus factum fuerit, *arg. l. quasi. 3. ibi: isq; per fenestram. ff. de pignor. act. l. ex differentia. 9. ibi: qui per fenestram. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. conficiuntur. 8. §. Codicilli. 2. ff. de jur. Codicill. Boër. d. Dec. 228. n. 8. Gothofr. ad d. l. 8. C. de testam.* Satis enim est, si testes testatorem viderint, & ex ejus ore voluntatem ultimã perceperint, *l. si non speciali 9. l. si unus. 12. ibi: coram testatore; C. de test. Recess. imper. de Anno 1612. tit.* Von Testamenten: §. Nun die form. &c. Quod si fortè testes testatorem non viderint, sed voluntatem hanc ejus esse, ab uxore fortè, vel aliis intellexerint, testamentũ etiam tempore pestis factum, nullius momenti esse dicendum est, per ea quæ habet *Carpzov. d. Const. 4. def. 10. n. 8.* frustra dissentiente post *Joh. Crotum in tr. de testib. p. 7. n. 169. Berlich. part. 3. Concl. 5. n. 28.* Quæ autem de peste hactenus dicta sunt, eadem ad alios quoq; morbos contagiosos, puta dysenteriam & similes vulgo extenduntur, *arg. l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. nauta. 5. §. 1. ff. Naut. Caup. stabul. Carpz. d. Const. 4. def. 2.* Imò etiam eorum testamenta valere volunt, qui in tyrannico carcere detinentur, aut in castro degũt, ubi paucissimis patet aditus, ut videre est apud *Boër. d. Dec. 228. & Roland. à Vall. d. vol. 1. cons. 81.*

# *CAP. IV.*

## DE MODIS, QUIBUS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Et hactenus de testamenti constitutione. Infirmatur vel ipso jure, vel officio judicis.

*pr. Inst. quib. mod. testam. infirm. & tot. t. Inst. ff. & C. de inoff. test.*

Ipso jure citra magistratus cognitionem, vel authoritatem, infirmatur, vel rumpendo vel ad irritum deducendo.

*d.pr. Inst. quib. mod. testam. infirm.* Quas tamen appellationes nonnunquam confundi monet *Just. in §. hoc autem. 5. Inst. d. t.*

Rumpitur vel agnatione sui heredis, vel testamento posteriore.

Voluntas ultima vel cõtraria disponentis voluntate, sive ea verbis, sive factis expressa sit, vel alio aliquo actu citra ejus voluntatem rescinditur, veluti capitis deminutione & testamenti desertione, ut supra *in parte gen. c. ult.* docuimus.

Agnatio vel naturalis est, quando patri post testamentum ritè conditum, posthumus, de quo non cogitavit, nascitur, vel Civilis quando testator post factum testamentum per arrogationem vel adoptionem filium sibi eligit.

Utraq; hæc agnatio olim testamentum rumpebat, ut videre est *ex §. 1. Inst. de exheredat. liber. & §. 1. Inst. d. t. quib. mod. testam. infirm.* Verùm cum hodie mutata nonnihil testamenti forma per *N. 115. c. 3.* posthumus exheredari amplius nequeat, *arg. d. N. 115. c. 3. juncta l. 33. §. fin. C. de inoff. test.* testamentum naturali non amplius rumpitur, sed statim ab initio nullius momenti est, ut supra c. 2. pluribus ostendimus. Manet ergo sola civilis,

qua etiam hodie testamentum licet ab initio rectè factum rumpitur. *d. §. 1. Inst. quib. mod. testam. infirm & l. verum est. 8. ff. de injust. rupt. & irrit. testam.* Nisi fortè eum, quem postea arrogavit, vel adoptavit, prius heredem instituisset: tum enim per arrogationem vel adoptionem subsequentem testamentum prius rectè factum non rumpitur. *l. filio. 63. §. ult. ff. de l. ber. & posthum.* Secus si exheredasset. *l. non putavit. 8. si quis 7. & 8. seq. ff. de bon. poss. contra tabb.* quoniam exheredatio in eo adhuc extraneo nulla penitus & inepta fuit. *l. quidam. in f. pr. de V. O.* Ad civilem hanc agnationem pertinet etiam nepos, qui cum heres institutus non esset, defuncto vel emancipato filio in locum ejus succedit, avoq; suus heres efficitur, & conseq. quasi nativitate testamentum rumpit, *§. posthumorum. 2. Inst. de exhered. liber. l. si quis. 6. pr. & l. posthumorum. 13. ff. de injust. rupt. & irrit. test.*

## Testamento posteriore prius ita demum rumpitur, si & ipsum jure perfectum fuerit.

*§. posteriore. 2. Inst. d. t. quib. mod. test. infirm. l. 1 & 2. ff. d. t. de injust. rupt. & irrit. test.* Jure perfectum autem hic dicimus etiam illud, quod jure singulari perfectum, puta jure militari, *l. ejus. 34. §. ult. ff. de test. milit.* aut ex privilegio, quod parentibus inter liberos concessum est, *d. l. hac consultissima. 11. § ex imperfecto. 1. C. de testam.* Utrumq; enim licet jure communi imperfectum sit, singulari tamen jure valet, & conseq. prius testamentum ipso jure rumpit. *Don. 6. comm. 16.* Quod si & jure communi testamentum imperfectum erit, tanquam invalidum & nullum, præcedens perfectum testamentum rumpere non poterit. Procedit autem id quod de posteriori testamento dictum, (1) etiamsi testator in eo nullam prioris mentionem fecerit, nec de revocando illo quicquam adjecerit, *arg. l. sancimus. 27. C. de testam.* Unde dicendum, clausulam, quam Notarii testamentis communiter adjicere solent, quod testator cesset & annulet dispositiones priores, non necessariam, sed planè superfluam esse, ut post *Angel. Aret. & Vigl.*

*Zuich.*

*Zuich. monet Bach. ad d. §. 2. Inst. quib. mod. test. infirm.* Nisi forte anterius testamentum clausulam derogatoriam contineat: puta & hoc testamentum meum valere volo, non obstante quocunq; alio per me post hoc condendo. Nam tùm secundum *communem Dd. opinionem* posterius testamentum prius non aliter rumpit, quam si in eo specialiter clausulæ derogatoriæ facta fuerit mentio, *arg. l. si quis. 22. inf. pr. ff. de legat. 3. & ibi Bart.* vel ad minimum expressè ipsius testamenti, in quo clausula derogatoria continetur, testator meminerit, quoniam & hoc casu specialis d. clausulæ videbitur facta mentio. ut notat *Clar. 3. recept. sentent. §. testamentum. p. 99. 5. Adde Menoch. lib. 4. præsumt. 166. n. 13. & seqq. Covarruv. ad rubric. extra de testam. part. 2. n. 57. & seqq. Fachin. 4. contr. 92.* Verùm fortassis jure nostro ne hoc quidem casu, quo priori testamento omnibus futuris dispositionibus derogatum est, clausulæ istius mentio in posteriori necessaria est, cum posterius testamentum prius ipso jure tollat & nemo cum duobus testamentis decedere possit. *Bach. ad d. §. 2. n. 2.* (2) Rumpitur per posterius testamentum prius, sive heres aliquis ex eo extiterit, sive non extiterit. Nam & desertum, sive destitutum testamentum prius rumpit, modò tale sit, ut adiri ex eo hereditas potuerit, *d. §. 2. quib. mod. test. infirm. & l. cum in secundo. 16. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Eo ipso enim quod testator priorem suam voluntatem mutat, & aliud testamentum condit, prius ipso jure tollitur, etiamsi posterius effectum non habuerit. *d. §. 2.* (3) Idem dicendum, si in posteriori heres tantùm ex certis rebus institutus fuerit: quippe & hoc casu prius rumpitur. *§. sed etiamsi. 3. Inst. d. t. l. si quis. 29. ff. ad SCt. Trebell.* Ratio expedita est, quoniam herede ita instituto, detrahitur rerum mentio, & perinde habetur, ac si simpliciter scriptus heres fuisse, *l. 1. §. 4. l. quoties. 9. §. si duo. 13. & l. 10. ff. de heredib. instit.* Excipitur casus, quo in posteriore testator & prius testamētum valere se velle expressè dixerit, tum enim prius non simpliciter rumpitur, sed ad causam fideicommissi trahitur, & heredes in posteriore scripti rogati intelliguntur, ut contenti rebus in quibus instituti sunt, vel detracta quarta, hereditatem restituant, iis, qui in priori testamenmento instituti fuêre, *d. §. 3. Inst. quib. mod. testam. infirm. d. l. si quis*

 *29. ff.*

*29. ff. ad SCt. Trebell.* Alia exceptio est in milite, qui si in posteriore testamento expresse & prius valere jusserit, utrumq; directò, sive jure testamenti valebit: quoniam militi plura testamenta facere licet, *l. quærebatur. 19. ff. de test. milit.* Deniq; & in eo, qui posteriores testamenti tabulas eo animo, ut priores valerent, inciderit. Nam hoc casu licet prius testamentum ipso jure per posterius ruptum fuerit, tamen jure Prætorio hactenus sustinetur, ut heredes in posteriore testamento scripti bonorum possessionem secundum tabulas petere possint, *l. pen. §. ult. ff de bon. poss. secundum tabb. Equin. Bar. & Bach. ad §. non tamen. 6. Inst. d. t. quib. mod. testam. infirm.*

## Irritum fit capitis deminutione testatoris, & desertione testamenti.

*d. §. 2. & §. alio autem. 4. Inst. d. t. l. 6. §. irritum. 5. cum duobus seqq. ff. de injust. rupt. & irrit. test. l. si quis. 9. §. si filium. 2. ff. de lib. & posthum. l. 1. in f. ff. d. t. de injust. rupt. & irrit. testam.* Verùm cùm hi modi generales sint, & cuivis ultimæ voluntati applicari possint, supra in *part. generali. c. 2.* de iis pro instituti ratione egimus, ubi videri potest.

## Officio judicis infirmatur querelâ inofficiosi & bonorum possessione contra tabulas.

*pr. & tot. Inst. ff. & C. de inoff. test. l. 1. & tot. t. ff. & C. de bon poss. contr. tabb.*

## Querela inofficiosi est, quâ certæ personæ exheredatæ aut præteritæ testamentum

tum

tum tanquam non ex officio pietatis factum oppugnant.

*p1. Inst. d.t. d. inoff. test.* Dubitari hic potest, an querela hæc actio sit, an verò imploratio tantum officii judicis. Et vulgò quidem Dd. existimant, querelam præcedere, & demum rescisso per sententiam testamento, actionem sive hereditatis petitionem sequi debere, *test. Jas. in l. 1. C. de inoff. test.* Sed dicendum videtur, querelam hanc inoff. dupliciter considerari: (1) quidem quatenus modus infirmandi testamenta est, quo sensu de ea hoc loco agi expeditum est, *ex d. t. de inoff. test. & praced. quib. mod. testam. infirm.* Unde cum testamentum iniquitatis arguat & accuset, non malè accusatio dicitur, *in l. 6. & l. 7. l. si instituta. 27. pr. & §. pen. ff. d. t.* Deinde quatenus per eam hereditas ex causa inofficiosi petitur, quo respectu actio etiam propriè dicitur, *l. Papinianus. 8. §. quoniam. 8. l. eum qui. 21. §. 1. d. l. 27. §. pen. ff. d. t.* ideoq; inter actiones reales & quidem primo loco in *ff. & C.* ponitur. *Don. 19. comm. 3. Ant. Govean. 1. var. lect. 5. Adde Vigl. Zuich. ad rubr. d. t. de inoff. n. 6. & 7. ibiq; Bach. & ad Treutl. vol. 1. D. 13. th. 1. lit. E.* Quo autem jure remedium hoc introductum mirè variant *Interpp.* Nam *Cujac. 2. obs. 21. 3. obs. 8. & 14. obs. 14.* querelam hanc ex lege Glitia inductam existimant, *arg. l. 4. ff. d. t.* quam ex *Caii lib. singulari ad l. Glitiam* desumtam esse constat. Cujus opinionem probat *Wesemb. in pr. ff. d. t. n. 2. Forst. lib. 1. de success. 5. n. 19. & Treutl. d. D. 13. th. 1. lit. D.* Verùm huic sententiæ refragatur *L. non putavit. 8. pr. ff. de bon. poss. contra tabb.* & aliàs quoq; satis infirmum argumentum est, quod ex inscriptione legum desumitur. Adde *Ravard. de author. prudent. c. 12. & Bach. ad Treutl. d. th. 1. lit. D.* Alii eam ad jus Prætorium referunt, quæ opinio non displicet *Bach. loco allegato.* Sed nec hæc fortassis sustinere potest, *arg. d. l. 8. pr. de bon. poss. contra tabb.* maximè cùm tanta Prætoris potestas non sit, ut rescisso testamento jure Civili valido heredem facere possit: *pr. vers. quos autem. Inst. de bon. poss.* Querelâ autem motâ testamentum per sententiam rescinditur, & ipso jure heres fit, secundum quem judicatum fuerit,

*d. l. 8. §. pen. ff. de inoff. test.* quemadmodum contra is, qui heres testamento scriptus erat, heres esse desinit. *l. in substitutione. 31. pr. ff. de vulg. & pupill. subst. ibiq. Gloss.* Quidam ab utroq; tam Civili quam Prætorio Jure profectam esse volunt, *arg. d. l. 8. pr. de bon. poss. contra tabb. Vigl. Zuich. ad §. 2. Inst. d. t. de inoff. test. & Vult. ad pr. n. 3.* Quorum opinio ex iis quæ dicta sunt, haud difficulter refellitur. Nonnulli constitutionibus Impp. adscribunt. *Duar. ad d. t. c. 2.* Verùm hæc sententia in merâ conjectura consistit, nec ulla afferri potest constitutio, qua querela ista inducta sit, ut rectè monet *Dn. Ungep. Exerc. 8. q. 9.* Alii interpretationi prudentum eam acceptam ferunt, *arg. pr. Inst. h. t. Ant. Cont. 1. subsec. lect. 3. n. 1.* quod probat etiam *Jacob Ravard. d. c. 12. Tima Fab. D. ad Inst. 19. th. 7.* Sed nec hæc satis firmo argumento niti videtur: quippe nō sequitur, introducta est querela: Ergo interpretatione prudentū, cum introducta etiam ea dicantur quæ ex ipsis legibus descendunt, *arg. l. 1. ff. ad exhibendum, l. 1. ff. de usurp. & usuc. l. ex natura. 24. ff. de stat. homin.* quemadmodum & ea, quæ moribus sive jure non scripto introducta sunt, *l. de quibus. 32. pr. ff. de legib.* Quod si tamen ad Prudentes eos respexerint, qui ante Impp. tempora vixerunt, quorumq; interpretationes non aliter jus erant, quàm si à populo moribus approbatæ essent. *l. 2. §. his legibus. 5. & §. ita. 12. ff. de O. I.* eorum sententia temere repudianda non est, ut apparet ex iis quæ statim sequuntur. Deniq; alii nullo certo jure, sed moribus & jure non scripto propter frequentiam querentium de inofficioso, ab initio remedium hoc introductum existimant. Nam primo homines sine certo jure de inofficiosis testamentis sanguine junctorum apud decemviros queri, eaq; querela admissa rescindi testamenta cœperunt, ut est apud *Val. Max. lib. 7. c. 7.* Quo sæpius facto, postmodum facta abiêre in mores, qui deinde legibus & constitutionibus confirmati sunt. Et hæc opinio probari videtur. *arg. l. 1. ibi: frequentes. & l. 5. pr. ibi: obtinere assiduè soleant. & l. circa inofficiosi. 24. ff. de inoff. test. Don. 19. comm. 4. ibiq. Hillig. lit. P. Arum. Ex. 8. th. 1. Dn. Ungep. Exerc. 8. q. 9.* Descriptio hujus querelæ desumta est à causa efficiente & forma. Efficiens sunt certæ personæ: (puta liberi, parentes, & fratres) & quidem exheredatæ vel præ-

præteritæ: nam si instituti vel in re minima fuerint, testamentum valere, nec ex hoc capite rescindi posse expeditum est, *pr. Inst. de exheredatione liber.* §. *sed hac ita. 3. Inst. de inoff. test.* Præteritio autem hic intelligenda non patris, quæ testamentum ipso jure nullũ facit, *d. pr. de exhereditatione liber.* Sed matris vel avi materni, quæ hoc jure pro exheredatione est, adeoq; testamentum valet, sed ex causa inofficiosi rescindi potest, §. *fin. Inst. d. t. de exheredatione liber.* Forma est in eo, quod non ex officio pietatis factum hoc testamentum arguatur. Parentes enim, qui sine causa, novercalibus forte delinimentis instigationibusve corrupti, liberos suos exheredant, sanguini suo contra pietatem & legem naturæ, quæ liberos ad successionem vocat, *l. 7. §. fin. ff. unde liber. l. 7. pr. ff. de bon. damnat.* injuriam inferunt, *l. 3. & 4. ff. d. t. de inoff. test. & conseq.* sanæ mentis esse non videntur, *d. pr. & l. 2. ff. eod. t.* Quo colore utrum etiam hodie adhuc utendum, dubitari potest ex *N. 115. c. 3. & 4. in f.* ubi legata fideicommissa aliaq; testamenti capitula ex testamento inofficioso deberi constitutum est: quæ à furioso vel demente relicta non valere expeditum est, *arg. §. præterea. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. test. & l. Titia 13. in f. ff. d. t. de inoff. test. ibique Bart.* Sed non obstante eo, omninò dicendum, imò & hodie huic colori locum esse, tum quod *d. N. 115.* ad querelam inoff. non pertineat, us infra dicemus; tum quod legata & fideicommissa non jure communi, sed ex speciali privilegio sustineantur, ut ex *d. N. 115. c. 3. & 4. in f.* satis apparet: tum deniq; quod in omnem eventum, etiamsi *d. N. 115.* de querela inofficiosi ageret, quoad principale sive heredis institutionem colori huic adhuc locus futurus sit, *arg. d. N. 115. c. 3. Vigl. Zuich. Mynf. & Bach. ad d. pr. Inst. de inoff. test.*

## Competit ea (1) liberis, (2) parentibus & tandem fratribus germanis & consanguineis, si turpis persona instituta fuerit.

§. *non autem. 1. Inst. d. t. l. 1. ff. & l. fratres, 27. C. eod. t.* Admittuntur

tunrur ergò ad querelam hanc (1) Liberi cujuscunq; sexus & gradus, sive sui, sive emancipati, sive naturales, sive adoptivi, *§.2. Inst. d. t.* sive justi, sive injusti fuerint: nam & spurii contra matris testamentum querelam habent. *l. si suspecta. 29. §. 1. ff. eod. t.* sive deniq; jam nati, sive posthumi sint. *d. §. 2.* quoniam ipsi hoc jure exheredari potuerunt, *§. 1. Inst. de exheredat. liber.* Sed hic dubium incidit, an etiam adversus testamentum paternum liberi naturales querelam instituere possint; Si forte præteriti in eo fuerint, & liberi vel justa uxor non extiterint? Et affirmativa quidem probari videtur tum per *N. 18. c. 5. & N. 89. c. 12. §. 4.* ubi casu isto ab intestato iis Sextans, id est duæ unciæ hereditatis paternæ deferuntur, adeoq; legitimam in sextante isto & conseq. jus querelæ habent. *Cujac. ad d. N. 18. p. (mihi) 138.* tum quod adoptivis conjungantur, quibus querelam competere expeditum est. *§. tam. a. 2. Inst. de inoff. testam. ibiq. Harpr. n. 4. & seqq. aliquot Duar. Class. 4. D. 20. §. 20. Treutl. vol. 1. D. 13. th. 2. lit. c.* Verùm negativa verior est, vel hoc unico fundamento, quod nusquàm constitutum sit, ut parens liberos naturales instituere, aut iis quicquam testamento relinquere teneatur, sed tantum ut facere id possit, sive licentiam habeat eis vel totam suam substantiam relinquere *d. N. 89. c. 12. §. si vero. 2.* Quamvis enim ex voluntate defuncti succedant, contra tamen voluntatem ejus non admittuntur. *l humanitatis, 8. & Auth. seq. C. de natur. liber. Gloss. in l. 1. verbo naturales ff. de bon. poss. contr. tabb. Forst. lib. 6. de success. c. 11. n. 6. & 7. Arum. D. adff. 7. & 8. Exerc. 10. th. 15.* Neq; difficilis est ad contrarias rationes responsio. Nam 1. non sequitur naturales patri ab intestato succedunt: Ergo iis legitima & jus querendi de inofficioso competit: cum non omnes ab intestato succedentes ad querelam admittantur, ut patet ex *l. 1. & l. 6. ff. d. t.* Quippe à successione ad querelam negativè tantum, non affirmativè procedit argumentatio, ut monet *Arum. d. th. 15.* Deinde naturales liberi tantum nusquam adoptivis comparantur, neq; justi & Civiles appellari possunt, sed quando naturales liberi opponuntur adoptivis, sive legitimis tantum, semper naturales & legitimi simul, sive ex justo matrimonio nati intelligendi sunt, veluti in *pr. Inst. de adopt. Bach. ad Treutl. d. th. 2. lit. C.* (2) Parentes quoq, libero-

liberorum testamenta inofficiosa dicere possunt, iiq; omnes tam primi, quàm ulterioris gradus *d. §. 1. Inst. & l. 1. ff. h. t. l. nam etsi. 15. pr. ff. eod.* Si fortassis à liberis emancipatis exheredati vel præteriti fuerint. Nam sui testamentum facere nequeunt, nisi de castrensi vel quasi castrensi peculio. *pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. l. pen. C. qui test. fac. poss.* in quibus querela inoff. locum non habet. *l. ult. C. h. t.* ne quidem jure novissimo *N. 115. c. 4.* utpote quem textũ non de querela hac, sed nullitatis vitio loqui infra ostẽdere conabimur: interim videre est *Vigl. Zuich. & Vult. ad pr. Inst. d. t. de inoff. test. Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 13. th. 3. lit. C.* Deniq; & fratres germani & consanguinei querelâ hac uti possunt, *d. l. 27. C. h. t.* Uterini verò & reliqui ultra fratres cognati non admittuntur, nec ullam obtinendi spem habent, *d. l. 1. ff. l. 21. & l. 27. C. eod. t.* Nec obstat *l. 6. pr. ff. d. t.* ubi & cognatorum testamenta inofficiosa dici possunt. Responderi enim potest, vel per cognatos ibi fratres intelligendos esse, *arg. d. l. 1. ff. h. t.* cum *Connan. 9. comm. 9. n. 5.* vel potiùs cognatorum appellatione ibi venire avum maternum & paternum, cui ex filio emancipato conceptus nepos cognatus tantùm est, ut rectè *Accurs. ad d. l. 6. ff. h. t.* & eò ferè inclinat etiam *Connan. d. n. 5.* quamvis hoc verbum latius extendat, & fratres quoq; uterinos eo comprehendi existimet, quasi & hi jure antiquo querelam hanc habuerint, & demum à Constantino distinctio hæc fratrum inducta fuerit, in *d. l. 27. C. h. t.* Quod, cum nullius correctionis in *d. textu* fiat mentio, non immeritò in medio relinquimus. Et hæc quæ de ordine inter parentes & fratres, item de excludendis uterinis, aliisq; remotioris gradus cognatis vel agnatis dicta sunt, jure antiquo satis expedita sunt, sed jure novissimo dubium movet, quod cum parentibus etiam fratres utrinque conjuncti, ut cum fratribus consanguineis uterini quoq; eorumq; liberi ad successionem ab intestato vocentur. *N. 118. c. 2. & 3.* Unde dicendum videtur, unà cum parentibus etiam fratres utrinq; conjunctos & cum fratribus consanguineis uterinos, ut & fratrum defunctorum liberos ad querelam hanc hodie admittendos esse, cùm querelam ii intentare soleant, qui ab intestato successuri sunt, *l. 6. §. 1. & l. pater. 14. ff. d. t. de inoff. test.* Verùm cùm diversitas

*& 8. & alii* ab eo *allegati*. Sed quid si testator contagiosus ex fenestra coram prætereuntibus voluntatem suam explicet? Et valere testamentum verius est, vel jure communi, si *7.* testes adhibiti, vel ex consuetudine coram 5. vel duobus factum fuerit, *arg. l. quasi. 3. ibi: isq; per fenestram. ff. de pignor. act. l. ex differentia. 9. ibi: qui per fenestram. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. conficiuntur. 8. §. Codicilli. 2. ff. de jur. Codicill. Boër. d. Dec. 228. n. 8. Gothofr. ad d. l. 8. C. de testam.* Satis enim est, si testes testatorem viderint, & ex ejus ore voluntatem ultimã perceperint, *l. si non speciali 9. l. si unus. 12. ibi: coram testatore; C. de test. Recess. imper. de Anno 1612. tit.* Von Testamenten §. Nun die form. &c. Quod si fortè testes testatorem non viderint, sed voluntatem hanc ejus esse, ab uxore fortè, vel aliis intellexerint, testamentũ etiam tempore pestis factum, nullius momenti esse dicendum est, per ea quæ habet *Carpzov. d. Const. 4. def. 10. n. 8.* frustra dissentiente post *Joh. Crotum in tr. de testib. p. 7. n. 169. Berlich. part. 3. Concl. 5. n. 28.* Quæ autem de peste hactenus dicta sunt, eadem ad alios quoq; morbos contagiosos, puta dysenteriam & similes vulgo extenduntur, *arg. l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. nauta. 5. §. 1. ff. Naut. Caup. stabul. Carpz. d. Const. 4. def. 2.* Imò etiam eorum testamenta valere volunt, qui in tyrannico carcere detinentur, aut in castro degũt, ubi paucissimis patet aditus, ut videre est apud *Boër. d. Dec. 228. & Roland. à Vall. d. vol. 1. cons. 81.*

# CAP. IV.

## DE MODIS, QUIBUS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Et hactenus de testamenti constitutione. Infirmatur vel ipso jure, vel officio judicis.

*pr. Inst. quib. mod. testam. infirm. & tot. t. Inst. ff. & C. de inoff. test.*

Ipso jure citra magistratus cognitionem, vel authoritatem, infirmatur, vel rumpendo vel ad irritum deducendo.

*d. pr. Inst. quib. mod. testam. infirm.* Quas tamen appellationes nonnunquam confundi monet *Just. in §. hoc autem. 5. Inst. d. t.*

Rumpitur vel agnatione sui heredis, vel testamento posteriore.

Voluntas ultima vel cōtraria disponentis voluntate, sive ea verbis, sive factis expressa sit, vel alio aliquo actu citra ejus voluntatem rescinditur, veluti capitis deminutione & testamenti desertione, ut supra *in parte gen. c. ult.* docuimus.

Agnatio vel naturalis est, quando patri post testamentum ritè conditum, posthumus, de quo non cogitavit, nascitur, vel Civilis quando testator post factum testamentum per arrogationem vel adoptionem filium sibi eligit.

Utraq; hæc agnatio olim testamentum rumpebat, ut videre est *ex §. 1. Inst. de exheredat. liber. & §. 1. Inst. d. t. quib. mod. testam. infirm.* Verùm cum hodie mutata nonnihil testamenti forma per *N. 115. c. 3.* posthumus exheredari amplius nequeat, *arg. d. N. 115. c. 3. juncta l. 33. §. fin. C. de inoff. test.* testamentum naturali non amplius rumpitur, sed statim ab initio nullius momenti est, ut supra c. 2. pluribus ostendimus. Manet ergo sola civilis,

 qua

qua etiam hodie testamentum licet ab initio rectè factum rumpitur. *d. §. 1. Inst. quib. mod. testam. infirm & l. verum est. 8. ff. de injust. rupt. & irrit. testam.* Nisi fortè eum, quem postea arrogavit, vel adoptavit, prius heredem instituisset: tum enim per arrogationem vel adoptionem subsequentem testamentum prius rectè factum non rumpitur. *l. filio. 63. §. ult. ff. de lib. & posthum.* Secus si exheredasset. *l. non putavit. 8. si quis 7. & 8. seq. ff. de bon. poss. contra tabb.* quoniam exheredatio in eo adhuc extraneo nulla penitus & inepta fuit. *l. quidam. in f. pr. de V. O.* Ad civilem hanc agnationem pertinet etiam nepos, qui cum heres institutus non esset, defuncto vel emancipato filio in locum ejus succedit, avoq; suus heres efficitur, & conseq. quasi nativitate testamentum rumpit, *§. posthumorum. 2. Inst. de exhered. liber. l. si quis. 6. pr. & l. posthumorum. 13. ff. de injust. rupt. & irrit. test.*

## Testamento posteriore prius ita demum rumpitur, si & ipsum jure perfectum fuerit.

*§. posteriore. 2. Inst. d. t. quib. mod. test. infirm. l. 1 & 2. ff. d. t. de injust. rupt. & irrit. test.* Jure perfectum autem hic dicimus etiam illud, quod jure singulari perfectum, puta jure militari, *l. ejus. 34. §. ult. ff. de test. milit.* aut ex privilegio, quod parentibus inter liberos concessum est, *d. l. hac consultissima. 11. § ex imperfecto. 1. C. de testam.* Utrumq; enim licet jure communi imperfectum sit, singulari tamen jure valet, & conseq. prius testamentum ipso jure rumpit. *Don. 6. comm. 16.* Quod si & jure communi testamentum imperfectum erit, tanquam invalidum & nullum, praecedens perfectum testamentum rumpere non poterit. Procedit autem id quod de posteriori testamento dictum, (1) etiamsi testator in eo nullam prioris mentionem fecerit, nec de revocando illo quicquam adjecerit, *arg. l. sancimus. 27. C. de testam.* Unde dicendum, clausulam, quam Notarii testamentis communiter adjicere solent, quod testator cesset & annulet dispositiones priores, non necessariam, sed planè superfluam esse, ut post *Angel. Aret. & Vigl.*

*Zuich.*

*Zuich.* monet *Bach. ad d. §. 2. Inst. quib. mod. test. infirm.* Nisi fortè anterius testamentum clausulam derogatoriam contineat: puta & hoc testamentum meum valere volo, non obstante quocunq; alio per me post hoc condendo. Nam tùm secundum *communem Dd. opinionem* posterius testamentum prius non aliter rumpit, quam si in eo specialiter clausulæ derogatoriæ facta fuerit mentio, *arg. l. si quis. 22. in f. pr. ff. de legat. 3. & ibi Bart.* vel ad minimum expressè ipsius testamenti, in quo clausula derogatoria continetur, testator meminerit, quoniam & hoc casu specialis d. clausulæ videbitur facta mentio. ut notat *Clar. 3. recept. sentent. §. testamentum. p. 99. 5. Adde Menoch. lib. 4. præsumt. 166. n. 13. & seqq. Covarruv. ad rubric. extra de testam. part. 2. n. 57. & seqq. Fachin. 4. contr. 92.* Verùm fortassis jure nostro ne hoc quidem casu, quo priori testamento omnibus futuris dispositionibus derogatum est, clausulæ istius mentio in posteriori necessaria est, cum posterius testamentum prius ipso jure tollat & nemo cum duobus testamentis decedere possit. *Bach. ad d. §. 2. n. 2.* (2) Rumpitur per posterius testamentum prius, sive heres aliquis ex eo extiterit, sive non extiterit. Nam & desertum, sive destitutum testamentum prius rumpit, modò tale sit, ut adiri ex eo hereditas potuerit, *d. §. 2. quib. mod. test. infirm. & l. cum in secundo. 16. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Eo ipso enim quod testator priorem suam voluntatem mutat, & aliud testamentum condit, prius ipso jure tollitur, etiamsi posterius effectum non habuerit. *d. §. 2.* (3) Idem dicendum, si in posteriori heres tantùm ex certis rebus institutus fuerit; quippe & hoc casu prius rumpitur. *§. sed etiamsi. 3. Inst. d. t. l. si quis. 29. ff. ad SCt. Trebell.* Ratio expedita est, quoniam herede ita instituto, detrahitur rerum mentio, & perinde habetur, ac si simpliciter scriptus heres fuisse, *l. 1. §. 4. l. quoties. 9. §. si duo. 13. & l. 10. ff. de hered. inst.* Excipitur casus, quo in posteriore testator & prius testamētum valere se velle expressè dixerit, tum enim prius non simpliciter rumpitur, sed ad causam fideicommissi trahitur, & heredes in posteriore scripti rogati intelliguntur, ut contenti rebus in quibus instituti sunt, vel detracta quarta, hereditatem restituant, iis, qui in priori testamento instituti fuêre, *d. §. 3. Inst. quib. mod. testam. infirm. d. l. si quis 29. ff.*

*29. ff. ad SCt. Trebell.* Alia exceptio est in milite, qui si in posteriore testamento expressè & prius valere jusserit, utrumq; directò, sive jure testamenti valebit: quoniam militi plura testamenta facere licet, *l. querebatur. 19. ff. de test. milit.* Deniq; & in eo, qui posteriores testamenti tabulas eo animo, ut priores valerent, inciderit. Nam hoc casu licet prius testamentum ipso jure per posterius ruptum fuerit, tamen jure Prætorio hactenus sustinetur, ut heredes in posteriore testamento scripti bonorum possessionem secundum tabulas petere possint, *l. pen. §. ult. ff de bon. poss. secundum tabb. Eguin. Bar. & Bach. ad §. non tamen, 6. Inst. d. t. quib. mod. testam. infirm.*

## Irritum fit capitis deminutione testatoris, & desertione testamenti.

*d. §. 2. & §. alio autem. 4. Inst. d. t. l. 6. §. irritum. 5. cum duobus seqq. ff. de injust. rupt. & irrit. test. l. si quis. 9. §. si filium. 2. ff. de lib. & posthum. l. 1. in f. ff. d. t. de injust. rupt. & irrit. testam.* Verùm cùm hi modi generales sint, & cuivis ultimæ voluntati applicari possint, supra in *part. generali. c. 2.* de iis pro instituti ratione egimus, ubi videri potest.

## Officio judicis infirmatur querelâ inofficiosi & bonorum possessione contra tabulas.

*pr. & tot. Inst. ff. & C. de inoff. test. l. 1. & tot. t. ff. & C. de bon poss. contr. tabb.*

## Querela inofficiosi est, quâ certæ personæ exheredatæ aut præteritæ testamentum

tum tanquam non ex officio pietatis factum oppugnant.

*pr. Inst. d. t. d. inoff. test.* Dubitari hic potest, an querela hæc actio sit, an verò imploratio tantum officii judicis. Et vulgò quidem Dd. existimant, querelam præcedere, & demum rescisso per sententiam testamento, actionem sive hereditatis petitionem sequi debere, *test. Jas. in l. 1. C. de inoff. test.* Sed dicendum videtur, querelam hanc inoff. dupliciter considerari: (1) quidem quatenus modus infirmandi testamenta est, quo sensu de ea hoc loco agi expeditum est, *ex d. t. de inoff. test. & praced. quib. mod. testam. infirm.* Unde cum testamentum iniquitatis arguat & accuset, non malè accusatio dicitur, *in l. 6. & l. 7. l. si instituta. 27. pr. & §. pen. ff. d. t.* Deinde quatenus per eam hereditas ex causa inofficiosi petitur, quo respectu actio etiam propriè dicitur, *l. Papinianus. 8. §. quoniam. 8. l. eum qui. 21. §. 1. d. l. 27. §. pen. ff. d. t.* ideoq; inter actiones reales & quidem primo loco in *ff. & C.* ponitur. *Don. 19. comm. 3. Ant. Govean. 1. var. lect. 5. Adde Vigl. Zuich. ad rubr. d. t. de inoff. n. 6. & 7. ibiq; Bach. & ad Treutl. vol. 1. D. 13. th. 1. lit. E.* Quo autem jure remedium hoc introductum mirè variant *Interpp.* Nam *Cujac. 2. obs. 21. 3. obs. 8. & 14. obs. 14.* querelam hanc ex lege Glitia inductam existimant, *arg. l. 4. ff. d. t.* quam ex *Caii lib. singulari ad l. Glitiam* desumtam esse constat. Cujus opinionem probat *Wesemb. in ff. d. t. n. 2. Forst. lib. 1. de success. 5. n. 19. & Treutl. d. D. 13. th. 1. lit. D.* Verùm huic sententiæ refragatur *l. non putavit. 8. pr. ff. de bon. poss. contra tabb.* & aliàs quoq; satis infirmum argumentum est, quod ex inscriptione legum desumitur. Adde *Revard. de author. prudent. c. 12. & Bach. ad Treutl. d. th. 1. lit. D.* Alii eam ad jus Prætorium referunt, quæ opinio non displicet *Bach. loco allegato.* Sed nec hæc fortassis sustinere potest, *arg. d. l. 8. pr. de bon. poss. contra tabb.* maximè cùm tanta Prætoris potestas non sit, ut rescisso testamento jure Civili valido heredem facere possit: *pr. vers. quos autem. Inst. de bon. poss.* Querelâ autem motâ testamentum per sententiam rescinditur, & ipso jure heres fit, secundum quem judicatum fuerit,

*d. l. 8. §. pen. ff. de inoff. test.* quemadmodum contra is, qui heres testamento scriptus erat, heres esse desinit. *l. in substitutione. 31. pr. ff. de vulg. & pupill. subst. ibiq; Gloss.* Quidam ab utroq; tam Civili quam Prætorio Jure profectam esse volunt, *arg. d. l. 8. pr. de bon. poss. contra tabb. Vigl. Zuich. ad §. 2. Inst. d. t. de inoff. test. & Vult. ad pr. n. 3.* Quorum opinio ex iis quæ dicta sunt, haud difficulter refellitur. Nonnulli constitutionibus Impp. adscribunt. *Duar. ad d. t. c. 2.* Verùm hæc sententia in merâ conjectura consistit, nec ulla afferri potest constitutio, qua querela ista inducta sit, ut rectè monet *Dn. Ungep. Exerc. 8. q. 9.* Alii interpretationi prudentum eam acceptam ferunt, *arg. pr. Inst. h. t. Ant. Cont. 1. subsec. lect. 3. n. 1.* quod probat etiam *Jacob Ravard. d. c. 12. Tima Fab. D. ad Inst. 19. th. 7.* Sed nec hæc satis firmo argumento niti videtur: quippe nõ sequitur, introducta est querela: Ergo interpretatione prudentũ, cum introducta etiam ea dicantur quæ ex ipsis legibus descendunt, *arg. l. 1. ff. ad exhibendum, l. 1. ff. de usurp. & usuc. l. ex natura. 24. ff. de stat. homin.* quemadmodum & ea, quæ moribus sive jure non scripto introducta sunt, *l. de quibus. 32. pr. ff. de legib.* Quod si tamen ad Prudentes eos respexerint, qui ante Impp. tempora vixerunt, quorumq; interpretationes non aliter jus erant, quàm si à populo moribus approbatæ essent. *l. 2. §. his legibus. 5. & §. ita. 12. ff. de O. I.* eorum sententia temere repudianda non est, ut apparet ex iis quæ statim sequuntur. Deniq; alii nullo certo jure, sed moribus & jure non scripto propter frequentiam querentium de inofficioso, ab initio remedium hoc introductum existimant. Nam primo homines sine certo jure de inofficiosis testamentis sanguine junctorum apud decemviros queri, eaq; querela admissa rescindi testamenta cœperunt, ut est apud *Val. Max. lib. 7. c. 7.* Quo sæpius facto, postmodum facta abiêre in mores, qui deinde legibus & constitutionibus confirmati sunt. Et hæc opinio probari videtur. *arg. l. 1. ibi: frequentes. & l. 5. pr. ibi: obtinere assiduè soleant. & l. circa inofficiosi. 24. ff. de inoff. test. Don. 19. comm. 4. ibiq; Hillig. lit. P. Arum. Ex. 8. th. 1. Dn. Ungep. Exerc. 8. q. 9.* Descriptio hujus querelæ desumta est à causa efficiente & forma. Efficiens sunt certæ personæ: (puta liberi, parentes, & fratres) & quidem exheredatæ vel præ-

preteritæ: nam si instituti vel in re minima fuerint, testamentum valere, nec ex hoc capite rescindi posse expeditum est, *pr. Inst. de exheredatione liber.* §. *sed hac ita.* 3. *Inst. de inoff. test.* Præteritio autem hic intelligenda non patris, quæ testamentum ipso jure nullū facit, *d. pr. de exhereditatione liber.* Sed matris vel avi materni, quæ hoc jure pro exheredatione est, adeoq; testamentum valet, sed ex causa inofficiosi rescindi potest, §. *fin. Inst. d. t. de exheredatione liber.* Forma est in eo, quod non ex officio pietatis factum hoc testamentum arguatur. Parentes enim, qui sine causa, novercalibus forte delinimentis instigationibusve corrupti, liberos suos exheredant, sanguini suo contra pietatem & legem naturæ, quæ liberos ad successionem vocat, *l. 7.* §. *fin. ff. unde liber. l. 7. pr. ff. de bon. damnat.* injuriam inferunt, *l. 3. & 4. ff. d. t. de inoff. test. & conseq.* sanæ mentis esse non videntur, *d. pr. & l. 2. ff. eod. t.* Quo colore utrum etiam hodie adhuc utendum, dubitari potest ex *N. 115. c. 3. & 4. in f.* ubi legata fideicommissa aliaq; testamenti capitula ex testamento inofficioso deberi constitutum est: quæ à furioso vel demente relicta non valere expeditum est, *arg.* §. *praterea. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. test. & l. Titia 13. in f. ff. d. t. de inoff. test. ibique Bart.* Sed non obstante eo, omninò dicendum, imò & hodie huic colori locum esse, tum quod *d. N. 115.* ad querelam inoff. non pertineat, us infra dicemus; tum quod legata & fideicommissa non jure communi, sed ex speciali privilegio sustineantur, ut ex *d. N. 115. c. 5. & 4. in f.* satis apparet: tum deniq; quod in omnem eventum, etiamsi *d. N. 115.* de querela inofficiosi ageret, quoad principale sive heredis institutionem colori huic adhuc locus futurus, sit, *arg. d. N. 115. c. 5. Vigl. Zuich. Mynf. & Bach. ad d. pr. Inst. de inoff. test.*

Competit ea (1) liberis, (2) parentibus & tandem fratribus germanis & consanguineis, si turpis persona instituta fuerit.

§. *non autem. 1. Inst. d. t. l. 1. ff. & l. fratres, 27. C. eod. t.* Admittuntur

liberorum testamenta inofficiosa dicere possunt, iiq; omnes tam primi, quàm ulterioris gradus *d. §. 1. Inst. & l. 1. ff. h. t. l. nam etsi. 15. pr. ff. eod.* Si fortassis à liberis emancipatis exheredati vel præteriti fuerint. Nam sui testamentum facere nequeunt, nisi de castrensi vel quasi castrensi peculio. *pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. l. pen. C. qui test. fac. poss.* in quibus querela inoff. locum non habet. *l. ult. C. h. t.* ne quidem jure novissimo *N. 115. c. 4.* utpote quem textũ non de querela hac, sed nullitatis vitio loqui infra ostẽdere conabimur: interim videre est *Vigl. Zuich. & Vult. ad pr. Inst. d. t. de inoff. test. Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 13. th. 3. lit. C.* Deniq; & fratres germani & consanguinei querelâ hac uti possunt, *d. l. 27. C. h. t.* Uterini verò & reliqui ultra fratres cognati non admittuntur, nec ullam obtinendi spem habent, *d. l. 1. ff. l. 21. & l. 27. C. eod. t.* Nec obstat *l. 6. pr. ff. d. t.* ubi & cognatorum testamenta inofficiosa dici possunt. Responderi enim potest, vel per cognatos ibi fratres intelligendos esse, *arg. d. l. 1. ff. h. t.* cum *Connan. 9. comm. 9. n. 5.* vel potiùs cognatorum appellatione ibi venire avum maternum & paternum, cui ex filio emancipato conceptus nepos cognatus tantùm est, ut rectè *Accurs. ad d. l. 6. ff. h. t.* & eò ferè inclinat etiam *Connan. d. n. 5.* quamvis hoc verbum latius extendat, & fratres quoq; uterinos eo comprehendi existimet, quasi & hi jure antiquo querelam hanc habuerint, & demum à Constantino distinctio hæc fratrum inducta fuerit, in *d. l. 27. C. h. t.* Quod, cum nullius correctionis in *d. textu* fiat mentio, non immeritò in medio relinquimus. Et hæc quæ de ordine inter parentes & fratres, item de excludendis uterinis, aliisq; remotioris gradus cognatis vel agnatis dicta sunt, jure antiquo satis expedita sunt, sed jure novissimo dubium movet, quod cum parentibus etiam fratres utrinque conjuncti, ut cum fratribus consanguineis uterini quoq; eorumq; liberi ad successionem ab intestato vocentur. *N. 118. c. 2. & 3.* Unde dicendum videtur, unà cum parentibus etiam fratres utrinq; conjunctos & cum fratribus consanguineis uterinos, ut & fratrum defunctorum liberos ad querelam hanc hodie admittendos esse, cùm querelam ii intentare soleant, qui ab intestato successuri sunt, *l. 6. §. 1. & l. pater. 14. ff. d. t. de inoff. test.* Verùm cùm diversitas

illa, quæ olim inter fratres eorumq; liberos fuit, tantum quoad causam intestati sublata sit, *d. N. 118. c. 4.* querela autem hæc ad causam testamenti pertineat, utpote quæ non nisi facto testamento locum habere possit, contrarium verius videtur, videlicet neq; fratres cum parentibus, neq; uterinos cum aliis fratribus, neq; cũ his prædefunctorum liberos ad movendam inofficiosi querelam jure admitti posse. Nec obstat, quod ii vocentur ad querelam, qui & ab intestato succedere possunt: quoniam respondeti potest, id quidem verum esse, sed inde minus rectè inferri; omnes ab intestato venientes ad querelam hanc admitti, cùm aliàs dicendum foret etiam reliquos agnatos & cognatos remotiores à querelâ excludendos non esse contra *d. l. 1. ff. d. t. pr. Inst. eod.* Nihilominus si fortè per parentes, aut fratres consanguineos testamentum rescissum, adeoq; res ad causam intestati redacta fuerit, tentari non improbabiliter poterit, cum parentibus fratres utrinq; conjunctos eorumq; liberos, *d. N. 118. c. 2. & N. 137. c. 1.* cum fratribus consanguineis etiam uterinos, & fratrum defunctorum liberos cum paternis ab intestato succedere, *d. N. 118. c. 3.* Neq; movet, quod cum testamentum hic factum sit, defunctus non omninò intestatus videri possit, ut post Dd. argumentatur *Vigl. Zuich. ad §. 1. Inst. d. t. de inoff. test. n. 9. Arum. Exerc. 10. th. 16.* Respondetur enim id ratione initii quidem verum esse, sed ex post facto rescisso testamento per querelam, defunctum ferè intestatum effici, *l. ut liberis. 17. C. de collat.* adeoq; regulas successionis ab intestato observandas esse: maximè, cùm nullum sit discrimen, sive quis initio statim intestatus decesserit, sive ex postfacto intestatus redditus fuerit: nisi quod illo casu succedat is, qui mortis tempore, hoc verò, qui eo tempore, quô certum est, neminem ex testamento heredem futurum, proximus est. *§. proximus. 6. Inst. de legit. agnat. tut. Bach. ad d. D. 13. th. 4. lit. D.* Limitatur autem id quod de fratribus ad hanc querelam admittendis dictum, ut non aliter procedat, quàm si turpis persona instituta fuerit, *d. l. 27. C. h. t.* quod ipsum quoq; contra juris antiqui generalitatem Constantini constitutione inductum putat *Conn. d. c. 9. n. 5. & Bach. ad d. th. 4. lit. A.* Nos id in medio relinquimus, & id potius addimus, turpes personas hic intelligi non eas tantùm

quæ

quæ juris, sed & quæ facti infamia laborant, *arg. d. l. 27. C. h. t.* Unde de spuriis dubitari solet, an & ii saltem facti infamiâ laborent, adeoq; sub turpibus personis hic comprehendantur? Et negativam quidem tueri conatur *Treutl. d. th. 4. lit. B. ibiq. Hunn. Paul. Buss. ad l. 1. ff. h. t. n. 7.* Sed affirmativa verior videtur, tum *arg. l. 2. pr. ff. de obseq. parentibus. & patron. præstand. & l. ea qua. 13. C. ex quibus causis infam. irrog.* tum quod turpis & inhonestæ nativitatis maculam aliquam esse, ex qua opinio alicujus apud bonos & honestos viros gravetur, negari vix possit. *Bach. ad d. th. 4. lit. B. & pluribus. Dn. Ungep. Ex. 8. q. 10.* Deinde limitatur tam id quod de parentibus, quam quod de fratribus dictum, ut aliter non obtineat, quàm si ipsi liberi, vel fratres inofficiosum testamentum fecerint. Nam si fortè pater filio impuberi pupillariter, vel etiam vulgariter substituerit, adeoq; ipsi testamentum fecerit, nec mater, nec fratres præteriti, hoc testamentum inofficiosum dicere possunt: quoniam non filius, sed pater testamentum istud fecit. *l. Papin. 8. §. sed nec. 5. ff. d. t. de inoff. test.* adeò ut summo jure nec legitimam hoc casu mater petere possit, ut supra *c. 2. sub. reg. 2. de vulg. Subst.* diximus. Videri tamen potest de hac quæstione etiam *Coras. ad l. precibus. 8. C. de impub. & al. substit. n. 29.*

## HIC III. NOTANDÆ SUNT REG.

### I. Querela hæc in linea recta adscendentium & descendentium hodie necessaria non est.

Variant hac in re *Interpp. nostri.* Quidam enim etiam jure novissimo testamentum in quo liberi exheredati, vel à matre aut avo materno præteriti sunt; & vice versâ, in quo parentes à liberis præteriti vel exheredati sunt, ipso jure valere, & per querelam demum inoff. rescindi volunt, *arg. N. 115. c. 3. & c. 4. ibi: testamento evacuato: testamento rescisso &c. Vigl. Zuich. ad rubr. Inst. de inoff. test. n. 4. Don. 6. comm. 13. Duar. ad t. ff. eod. c. 3. Conn. 9. comm. 10. n. 4. Fa-*

*chin. 4. contr. 9.* A qua opinione non multum etiam abest *Giph. ad Auth. non licet. C. de liber. præterit.* qui filio præterito, vel non ut oportet, secundum *d. N. 115. c. 3.* exheredato, testamentum vel actione præteriti, ut ipse loquitur, vel actione inoff. sive querelâ rescindi posse statuit. Alii testamentum in quo liberi vel parentes sine causa præteriti sunt, vel exheredati, hodie nullius momenti, adeoque querelam hanc in linea recta descendentium & ascendentium per *d. N. 115. c. 3. & 4.* omninò sublatam esse volunt: nisi forte exheredatio ex justa causa facta sit, eamq; heres probare nequeat. *Wes. in π. ff. d. t. de inoff. test. & Dd. comm. teste Jul. Clar. 3. sent. 3. testamentum. q. 40. n. 5.* Nonnulli in *d. N. 115.* de querela inoff. nihil dispositum, sed expeditiorem tantum viam liberis & parentibus, videlicet nullitatis remedium propositum esse, ita ut in arbitrio eorum sit, utrum novo nullitatis, an antiquo querelæ remedio uti voluerint. *arg. l. ult. C. de jur. delib. Eguin Baro. ad d. pr. Inst. de inoff. test. ibiq; Bach. n. 7.* qui tamen id in medio relinquit. Nos postremam hanc sequimur, & testamentum in quo liberi vel parentes præteriti vel injustè exheredati sunt, ipso quidem jure nullum dici posse, sed non prohiberi tamen liberos vel parentes, si causæ suæ confidant, querelam inoff. eligere: tum quod in *d. N. 115.* nulla querelæ mentio, adeoq; per eam correcta esse non videatur: tum quod etiam post eam adhuc querela in linea recta locum habeat, per *textum expressum in N. 129. c. 3.* tum deniq; quod aliàs quoq; novum non sit, ut novo eoq; expeditiori remedio introducto, vetus nihilominus relictum sit, *d. l. ult. C. de jur. delib.* Nec obstat quod hæc contraria videantur, testamentum ipso jure nullius momenti esse, & per querelam inoff. rescindi, *inf. pr. Inst. d. t. de inoff. test.* Respondetur enim nullum esse non simpliciter, sed si parentes vel liberi viam hanc elegerint; quippe in quorum favorem, ut injuria exheredationis & præteritionis ab iis auferatur, hoc constitutum est, *d. N. 115. c. 5.* quiq; adeo favori pro se introducto renunciare impediendi non sunt, *l. pen. C. de pact. l. si quis. 51. C. de Episc. & Cleric.* Deinde non movet, *quod d. N. 129. c. 3.* de parentibus & liberis non in genere, sed qui ab hæresi ad rectam viam conversi sunt, adeoq; in casu speciali satis apertè loqui videatur. Nam

ut

ut taceam, quod nulla specialitatis commoda reddi possit ratio, sufficere quoq; videtur, quod in linea recta inter parentes & liberos querela adhuc locum habeat, adeoq; eam sublatam esse dici haut possit. De aliorum opinionibus quid habendum patet ex iis, quæ *supra c. 2.* diximus.

## II. Ad heredes querela hæc inofficiosi non transmittitur.

*l. 6. §. ult. ff. h. t. l. si quis. 34. l. pen. inf. C. eod. t.* Ratio est, quia non constat, quæ fuerit voluntas ejus, cui querela competit, anne eam movere voluerit, an verò exemplo Aphroniæ illius, de qua *Valer. Max. l. 7. c. 8.* testamentum matris patientiâ honorare, quam judicio convellere sanctius duxerit: cùm alias quoq; in dubio interpretatio pro testamento facienda sit, *l. si pars. 10. ff. d. t. Conn. d. lib. 9. comm. 8. n. 4. Adde Cujac. 14. qq. Papin. ad l. nam etsi. 15. §. 1. ff. h. t.* Ampliatur hæc regula ut procedat non tantùm in extraneis, sed etiam in suis heredibus, ad quos ipsos etiam hanc querelam nondum præparatam transmissam haud fuisse patet *ex d. l. 6. §. ult. d. l. 34. & d. l. pen. §. ult. C. h. t.* Limitatur autem ut fallat (1) Si præparata fuerit, *d. l. 6. & 7. ff. h. t.* non obstante eo, quod aliæ actiones etiam absq; præparatione aliqua ad heredes transire soleant. *§. 1. Inst. de perpet. & temp. act.* quoniam *d. §.* tantum ad actiones in personam rei persecutorias pertinet, non ad rem, qualem hanc de inoff. testamento querelam esse constat per ea quæ supra dicta sunt. *Vult. ad d. §. 1. pr.* Præparata autem querela tribus modis intelligitur. (1) Si lis contestata fuerit. *d. l. 6. §. ult. ff. h. t. l. 5. C. eod.* (2) Si vel cominatus tantum fuerit, accusationem inoff. vel hoc nomine denunciationem fecerit etiam absq; libelli editione, vel aliâ ratione voluntatem suam & indignationem declaraverit, *d. l. 6. §. ult. & l. seq. ff. h. t.* Neq; resistit quod actio injuriarum, quam querelæ huic similem esse constat, *ex l. 1. §. sed si. 8. si quid in fraud. patron.* non nisi post litem contestatam ad heredes transmittatur, *d. §. 1. de perpet. & temp. act. l. injuriarum. 13. pr. ff. de injur.* Respondetur enim

enim committi fallaciam à dicto secundum quid ad dictum simpliciter. Quamvis enim utraq; ex nota quadam & injuria oriatur, In eo tamen differentia inter illas maxima est, quod injuriarum actio non tam pecuniæ, quàm vindictæ persecutionem habeat. *l. 2. §. emancipatus. 4. ff. de collat. l. Prætor. 7. §. 1. ff. de injur.* querela vero hæc rei universitatem, sive hereditatem petat, ut supra dictum, quam omnibus modis quemvis sibi servare velle credendum est. Hinc si minor fortè injuriarum actionem omiserit, in integrum non restituitur, *l. auxilium. 37. pr. ff. de minor.* quem tamen adversus omissionē querelæ inoff. restitui constat, ex *l 1. C. de in integr. restit. minor. l. 2 C. in quib. caus. rest. in integr. necessaria non est.* (3) præparata est querela si defunctus bonorum possessionem litis ordinandæ gratia agnoverit, *d. l. 6. §. ult. l. 8. pr. ff. h. t. l. 2. C. eod.* Ubi dubium incidit, qualis ea sit bonorum possessio, utrum ordinaria, an extraordinaria, utrum ex testamento, an verò ab intestato? Et *Conn.* quidem *d. c. 8. n. 8.* contra tabb. esse existimat: sed ea exheredatis dari non solet, ut patet ex *l. non putavit. 8. pr. ff. de bon. poss. contra tabb.* Unde *Don. d. c. 6.* eam ab intestato, unde liberi, vel undè legitimi esse contendit. Quod probat etiam *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 15. th. 5. lit. H.* ut initiò quidem, sive pendente lite sine re sit, *l. 2. C. d. t. de inoff. test.* post verò, si secundum actorem pronunciatum fuerit, cum re & effectu hereditatis obtinendæ esse incipiat. Verum nescio an hæc opinio admitti possit, cum querela inoff. ad causam testamenti, bonorum possessio autem unde liberi, & unde legitimi, ad causam intestati procul dubio pertineat. *§. sed eas. 2. Inst. de bon. possessionibus.* Non obstante eo, quod si contra testamentum pronunciatum fuerit, paterfam. ab initio intestatus decessisse intelligatur: quoniam hoc ex post facto contingit, adeoq; in præparatione querelæ in considerationem venire posse haut videtur. Sed & in eo frustra est *Don. d. loco.* quod parentibus bon. poss. unde legitimi, & fratribus unde cognati tribuit: cum bonorum hæc possessio litis ordinandæ gratiâ filio tantùm emancipato, non parentibus vel fratribus necessaria fuerit, ut docet *Govean. 2. var. lect. 6.* Nisi fortè quis dixerit, bonorum hanc possessionem necessariam non fuisse, sed arbitrio

exhe-

exheredatorum vel præteritorum relictum, utrum bonorum hac possessione, an aliâ ratione querelam præparare voluerint, *arg. d. l. 6. §. ult.* Quod tamen admittere haut videtur *l. 7. ff. d. t.* ex qua emancipatis filiis eam necessariam fuisse à contrario sensu satis a pertè colligitur. Saltem jure novissimo, quo emancipati suis æquiparati penè sunt. *N. 118. c. 1.* bonorum possessionem istam nec emancipatis quidem necessariam amplius esse post *Castrens. & Salicet.* docet *Bach. ad d. th. 5. lit. H.* Alii deniq; extraordinariam & quidem Decretalem eam existimant, quæ neq; ex testamento, neq; ab intestato ordinario jure competit, sed extra ordinem conceditur filio emancipato vel præterito ad conseq. facultatem intentandi querelam inoff. ad quam aliàs ex *LL. 12. tabb.* non admittebatur. *d. l. 6. §. ult. & l. 8. pr. ff. de inoff. test.* Hæc enim bonorum possessio neq, proprietatem, neq; possessionem rei hereditariam tribuit, sed tantum licentiam & facultatem intentandi querelam, adeoq; nihil aliud quam præparatoria querelæ inofficiosi est, ut post *Paul. de Castro. & alios* docet *Schneid. ad §. 7. eas secuta. 3. Inst. de bon. poss. n. 11. Adde Harpr. ad d. p. n. 17.* Deinde limitatur *d. reg.* nostra etiam eo casu, quo filius relictus liberis ante aditam hereditatem decessit, quo casu querela etiam non præparata ad liberos transmittitur, *d. l. 34. & l. pen. inf. C. h. t. Don. d. c. 6.* Nam quod alii volunt querelam hanc ad suos, imò ad liberos quoscunq; indistinctè & sine præparatione transmitti, post alios *Bach. ad Treutl. d. D. 13. th. 5. lit. A.* id *dd. textibus* consentaneum non videtur. *Adde Don. d. c. 6. ibiq. Hillig. in not. lit. I.* Præterea & illud reg. nostræ consequens est, quod querela semel transactione finita, restaurari ab heredibus, etiamsi placitis non stetur, nequeat, *l. cum mota. 6. C. de transact.* non obstante *l. si instituta. 27. pr. ff. de inoff. test.* utpote quæ de ipso transigente loquitur, qui ideo restaurare querelam potest, quoniam pacto non ita remitti potuit, quin jure Civili maneret, *l. 5. C. de pact.* alia ratio est heredum transigentis, ad quos querela non præparata transmitti non potuit. *d. l. 6. C. de transact, ibiq. Don. Ad. de Treutl. d. th. 5. lit. B, ibiq. Bach.*

3. In

## III. In querela, hac jus accrescendi, non verò Edictum successorium locum habere verius est.

Hæc Reg. duo habet capita, unum de jure accrescendi, alterum de edicto succcessorio. Et quod ad jus accrescendi attinet, expressè scriptum est, si duo filii exheredati sint, & ambo de inoff. egerint, & unus postea non agere constituat, vel tempore exclusus sit, partem ejus alteri accrescere *l. si ponas. 23. §. ult. ff. d. t.* Ratio est quoniam per querelam res ad causam intestati reducitur, ut supra dictum, in successione autem ab intestato, sive in hereditate sive legitima juri accrescendi locum esse expeditum est. *l. si ex pluribus 6. ff. de suis & legit. hered.* Hinc in *l. qui repudiantis. 17. ff. d. t. de inoff. Paul.* docet, eum qui non venit ad querelam, partem non facere, id est nullam partem ex sua persona inducere, quam in hereditate cæteris abstrahat, quo minus totam hereditatem vindicare possint. Ubi tamen accuratè distinguendum inter querelam, & legitimam ad exclusionem querelæ relictam. Nam in illa, non etiam in hac juri accrescendi locum esse rectè monet *Don. d. c. 6. ibiq. Hillig.* V. gr. quidam duos filios, & mille in bonis habens, utroque exheredato decessit, sed alteri 250. sui legitimam reliquit, si forte is cui nihil relictum est, querelam omiserit, nihil alteri accrescit, nec ex ejus persona is querelam nanciscitur, *arg. l. 8. §. 8. ff. d. t.* Quod si verò neutri quid relictum sit, altero vel repudiante, vel tempore excluso, alter integrum testamentum per querelam rescindere potest. *d. l. 17. & l. 23. §. ult. ff. h. t.* De Edicto successorio major est difficultas, quippe quod in querela hac locum quoq; habere satis apertè probari videtur *per l. pater. 14. & l. pen. pr. ff. h. t. Bart. in d. l. 14. ibiq. Costal. Don. 19. comm. 7. & alii relati à Gomez. 1. variar. resol. 11. n. 21.* Contrarium verò per *d. l. 34. C. h. t.* ubi disertè Justin. *patre exheredato, querelâ non preparata mortuo, nepotem omne auxilium dereliquisse:* quod falsum utiq; foret, si Edicto successorio locus esset, & nepos in locum filii succederet.

*Alciat.*

*Alciat. 2. paradox. 16. Hunn. & Bach. ad Treutl. d. D. 13. th. 5. lit. D.* Et posterior hæc opinio juri nostro magis convenire videtur, tum propter *textum expressum in d. l. 34.* qui non nisi absurdè ad casum, quo nepos ex persona patris agere vult, referri potest, ut rectè *Bach. d. loco.* tum quod vivo filio nepoti injuria facta non est, neq; legitima debetur, ut monet *Gomez. d. loco.* Nec obstant textus supra allegati, *in l. 14. & l. pen. ff. h. t.* utpote qui in diversis gradibus apertè loquuntur: ita tamen, ut quoniam jus alterius potentius est, simul in querela concurrere non possint. V. gr. si filius emancipatus patrem præterierit, filium exheredaverit, utriq; facta est injuria, sed magis tamen filio quàm patri: ideoq; filius, cujus etiam in successione ab intestato potius jus est, præfertur, & ad vindicandam injuriam testamentumq; oppugnandum prius; eo autem excluso, vel repudiante, etiam pater, non ex Edicto successorio; sed quia ipse præteritus est, ad querelam admittitur, *d. l. 14. & d. l. pen. pr. ff. h. t.*

## Datur ea adversus heredes institutos, tam directos, quam fideicomm. item adversus eos, qui heredis locum obtinent, & bonorum possessionem contra tabb. petierunt.

Competit ergo hæc querela adversus heredes testamento institutos, sive scripti, sive nuncupati fuerint. Quamvis enim in *l. circa. 24. & l. si suspecta. 29. pr. §. ult. ff. d. t.* Scripti tantum heredis fiat mentio, tamen nuncupatus propterea excludendus non est: cum par sit ratio scripti & nuncupativi testamenti, atq; in utroq; exheredatio & præteritio fieri possit; unde etiam in aliis textibus vel heredum simpliciter, vel heredum institutorum mentionem fieri videmus. *l. si heredum. 10. l. cum duobus. 13. C. h. t. Treut. d. D. th. 6. lit. A. ibiq; Bach.* Neq; quicquam refert, utrum Imperator an privatus, *d. l. 8. §. si Imperator. 2.* utrum unus ex liberis, an extraneus, vel etiam municipes heredes instituti fuerint, *d. l. pen. §. 1. ff. h. t. Don.*

*1. Don. d. lib. 19. c. 8. ibiq; Hillig.* Sic quoq; parum interest, directus sit heres, an fideicommissarius: quoniam & adversus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet, querela hæc conceditur, ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede, vel pro possessore possideret, *l. 1. C. eod. t.* Nec obstat, quod querela detur contra heredem institutum, ut dictum, fideicomm. autem heres non sit, *arg. §. ult. Inst. de pupill. subst.* Respondetur enim directum quidem heredem eum non esse, sed fideicommissarium tamen heredem non malè dici, *arg. rubr. & tot. tit. Inst. de fideicomm. hereditat.* utpote in quem post restitutam ex fideicomm. hereditatem omnia commoda & incommoda hereditaria transeunt, *§. & Neronis. 4. inst. d. t.* Unde licet directæ actiones penes heredem institutum maneant, utiles tamen fideicomm. omnino accommodantur. *d. §. 4.* quemadmodum & hoc casu querelam non directam, sed utilem tantùm actionem institui posse, *post Paul. de Castr. notat Sich. ad d. l. C. h. t. n. 5.* Deinde non movet, quod querela inoff. hereditatis petitio sit, *d. l. 8. §. quoniam. 8. & eum qui. 21. §. 1. & 2. ff. d. t.* ea autem non detur contra possidentem titulo. *l. regulariter. 9. ff. de hereditatis petit.* Responderi enim potest, non quidem querelam inoff. & hereditatis petitionem diversas actiones esse, illam præmitti, per eamq; testamentum rescindi, per hanc verò rescisso testamento hereditatem ab intestato peti debere: *Sich. & Dd. magis comm.* (quid enim de hac opinione habendum, patet ex iis, quæ supra ad definitionem hujus querelæ diximus) Sed potiùs vel *d. reg. l. 9. h. t.* de singulari titulo intelligendam esse fideicomm. autem universali hereditatis fideicomm. titulo possidere, *d. t. Inst. de fideicomm. hereditatib.* vel potiùs quod ipsa causa inoff. adjecta faciat, ut sine titulo possidere intelligatur, *arg. d. l. 1. inf. C. h. t.* ubi fideicommissarius, atq; si pro herede vel pro possessore possideret, tenere dicitur. *Bach. ad Treutl. d. D. th. 6. lit. B.* Adde de explicatione *d. l. 1. C. h. t. Jason. Sich. Ant. Gov. 1. var. lect. 5. & Ant. Fabr. 17. commentar. 1.* qui tamen mentem Imp. *in d. l. 1.* minimè ad secuti videntur. Sed & ii hac querelâ tenentur, qui heredes planè scripti non sunt, sed heredum tamen loco habentur, qualis est fiscus qui si fortè bona heredum defuncti jure successionis ad eum pertine-

ant

ant, querelâ hac conveniri poteſt, *d. l. 10. C. h. t.* Ubi ſcrupulum movet, quod *inf.* de bonis vacantibus proponitur, quaſi & tum querela locum haberet, cum bona tanquam vacantia fiſcus tenet: ſed hoc caſu vacantia bona eſſe aut dici poſſe non videntur; quippe aut heres ſcriptus hereditatem adiit, & vacantia bona non ſunt, aut repudiavit, & ita deſtituto teſtamento, filius ab inteſtato heres erit quoniam non adita hereditate nullius momenti eſt exheredatio, *l. filium. 20. pr. ff. de bon. poſſ. contra tabb.* atq; iterum bona vacantia dici nequeunt, ut rectè monet *Bach. ad d. th. 6. lit. C. & Ant. Fabr. d. lib. 17. conject. c. 2.* Ad quam difficultatem amovendam *Fab.* verba iſta, *utpote vacantia*, imperitó alicui interpreti, non *Impp.* adſcribenda, adeoq; ex textu tollenda exiſtimat. Verùm cum hæc explicandi ratio violenta ſit, recipienda haut videtur, ſed potius dicendum, id quod *ſub fin. d. l. 10.* de bon. vacantibus habetur, non ad querelam inoff. ſed ad petitionem hereditatis ſimplicem pertinere, cum Accurſ. *ad d. l. 10.* idq; non improbare videtur *Bach. d. lit. C.* Deniq; conveniuntur hac actione interdum & ii, qui bonorum poſſeſſionem contra tabb. acceperunt. V. gr. ſi quis filium, quem in poteſtate habebat, exheredavit, emancipatum præterit, ſolus quidem emancipatus bonorum poſſeſſionem petere & obtinere poteſt, *arg. l. 8. pr. ff. de bon. poſſ. contra tabb.* Sed ſi ſcripti heredes hereditatem adiverint, filius in poteſtate conſtitutus ad hereditatis petitionem ex cauſa inoff. querelæ contra emancipatum movendæ admittendus eſt. *d. l. 20. inf. pr. ff. de bon. poſſ. contra tabb.* Quamvis enim aliàs teſtamento evacuato vel reſciſſo querela locum habere non videatur: quippe quod ſemel reſciſſum eſt, reſcindi amplius non poteſt, *l. 5. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt.* tamen hoc caſu filio exheredato, quem Prætor ad bonorum poſſeſſionem non admittit, *d. l. 8.* omninò neceſſaria fuit, non quidem ut teſtamentum jam ante bonorum poſſeſſionem ruptum reſcindat, ſed ad hoc tantum, ut fratri emancipato perinde partem hereditatis auferat, ac ſi emancipatus totam hereditatem quaſi heres & teſtamenti jure poſſideret. *d. l. 20. pr.* quod facere non poſſet, niſi per querelam, ſe immerentem excluſum fuiſſe probaverit. Nec obſtat, quod deſtituto teſtamento, quando videlicet ſcriptus heres

hereditatem non adiit, inoff. querela dari nec possit, nec debeat, *d. l. 20. pr.* Diversa enim est ratio testamenti destituti, & per bon. poss. contra tabb. rupti, quoniam priori casu res planè ad causam intestati redit, adeoq; ii, qui aliàs ab intestato successuri erant, vocantur, consequenter etiam filius exheredatus, qui testamento irrito facto, pro exheredato habendus non est: posteriori verò per bon. poss. contra tabb. non tantum intestatum fecit patrem filius emancipatus, sed simul excluso per idem Edictum fratre exheredato, sibi ipsi totam hereditatem acquisivit, cujus partem non nisi beneficio querelæ ab eo avocari posse patet *ex d. l. 8. & d. l. 20. pr. ff. de bon. poss. contra tabb. Adde Ant. Fabr. d. lib. 17. conj. c. 1. & 2.* Illud hoc loco est monendum, querelam non prius adversus heredem institutum vel alios intentari posse, quam si adita fuerit hereditas: cum ante aditam eam ne quidem nascatur hæc querela secundum *d. l. 8. §. si condicioni. 10. ff. d. t. de inoff. test. l. pen. C. eod. t. Duar. ad d. t. ff. c. 9. Don. d. lib 19. c. 4. Ant. Fab. d. c. 1.*

## Hic notanda est Regula, quod probandi onus in querela hac etiam hodiè iis, qui querelam instituunt, adhuc incumbat.

Idq; jure antiquo expeditum est, quo liberos aliosq; de inoff. agentes immerentes se, adeoq; indignè præteritos, vel exheredatione summotos esse probare oportebat, *l. nam & his. 5. §. 1. ff. d. t. & l. liberi. 28. C. eod. t. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* Hodie verò ab eo jure recessum, & probandi onus heredi instituto impositum contendunt, ut is ingratos fuisse eos, qui querelam intentant, probare necesse habeat, *N. 115. c. 3. Trentl. d. D. 13. th. 6. lit. F.* ubi duplicem reddit rationem, quarum (1) quod nemo malus præsumatur, præsertim is, cui beneficium querelæ à jure tributum est. (2) quia determinatæ sint ingratitudinis causæ, utramq; rejicit *Bach.* (1) quia malus utiq; præsumendus videatur is, quem pater, cujus aliàs summus amor in liberos est, notavit. (2) quia cùm certæ causæ sint,

tantò

tantò faciliùs eas in se non cadere, ostendere filius possit. Ipse simplicius dicendum putat, hoc à *Justin.* favori liberorum tributum, maximè cùm aliàs quoq; ejus potius sit probare, qui affirmat, quam qui negat, *l. 2. ff. de probat.* Verùm quemadmodum *d. N. 115.* de querelâ hac nullam mentionem facere, nec quicquam de ea disponere supra diximus: ita quoq; rationes hæ tanti non sunt, ut correctioni juris antiqui sufficere possint. Dicendum igitur videtur, etam hodiè adhuc probationem incumbere iis, qui de inoff. test. queruntur per textum *in d. l. 5. §. 1. ff. & l. 28. C. h. t.* quemadmodum aliàs quoq; eum qui agit, non reum probare oportere verius est, *per l. verius. 21. ff. de probat.* Adde *Hieron. Pantschmann, lib. 2. q. 21. n. 5.*

Effectus hujus querelæ est, quod per eam testamentum totum rescindatur, & res ad causam intestati deducatur, adeoq; simul & legata, fideicommissa, libertates & reliqua testamenti capitula corruant.

Quod ipsum quoq; jure veteri dubio caret per *textum in d. l. 8. §. pen. & l. qui repudiantis. 17. §. ult. ff. h. t.* Jure verò novo eatenus id correctum vulgò putant, ut si fortè parentes vel liberi testamentum per querelam rescindant, tantum quoad institutionem corruat, salvis nihilominus legatis, fideicomm. aliisq; testamenti capitulis, *d. N. 115. c. 3. 4. & 5.* Si verò à fratribus vel sororibus rescissum testamentum fuerit, etiam hodiè adhuc totum infirmetur testamentum, cum *d. N. 115.* tantum de parentibus & liberis concepta sit, adeoq; tanquam correctoria juris, ne ob paritatem quidem, vel majoritatem rationis extendenda sit. *Jason. in l. fratres, 23, C. h. t. Roland. à Vall. vol. 3. cons. 87. n. 11. & Dd. comm.* quamvis nonnulli hodiè & fratrum & sororum testamentum tantùm quoad institutionem rescindi existiment, ne alias melioris condicionis sint

 col-

collaterales, quam adscendentes vel descendentes. *Jul. Clar. 3. sent. §. testamentum. q. 52. n. 5. Treutl. d. D. th. 7. in f.* Quorum rationi fortassis non improbabiliter responderi potest: absurdum non esse, ut cum adscendentes & descendentes in multis capitulis melioris condicionis sint, quàm collaterales, eos vicissim in uno atq; altero prærogativam habere dicamus. *Bach. & Hunn. ad d. th. 7. in f.* Nos putamus quoad querelam inoff. in *d. N. 115.* utpote quæ de nullitatis, non querelæ hujus remedio loquitur, nihil correctum esse, sed hodie etiam, si quis bonitati causæ suæ confisus querelam eligere & se indignè præteritum vel exheredatum esse probare maluerit, testamentum in totum etiam quoad legata & fideicomm. aliaq; capitula corruere, per *d. l. 8. §. pen. ff. h. t.* Quod enim correctum non est, stare cur prohibeatur, ait *Just. in l. sancimus. 27. C. de test.* Adde *Bach. ad d. th. 7. lit. C. & ad pr. Inst. de inoff. test. n. 7. in f.* ubi id in medio relinquit. Aliter *Ant. Faber. Dec. 89. err. 5.* qui distinguit inter querelam veterem & Justinianeam sive novam, & si quidem veteri quis uti, onusq; probandi, se non fuisse ingratum, in se suscipere velit, eum etiam hodie testamentum totum unà cum legatis & fideicomm. expugnare posse existimat. Verùm is præsupponit: *d. N. 115. c. 3.* de querela inoff. agere, quam novum potius remedium nullitatis inducere aliquoties diximus.

Cessat querela si personæ, quibus ea cõpetit, ex justa causa exheredatæ vel præteritæ fuerint; si expressè vel tacitè renunciaverint: si alio jure ad defuncti bona pervenire potuerint: & si quid à testatore iis relictum fuerit.

Quatuor hic proponuntur huic querelæ contraria, quæq; adeo

eo eam vel saltem ejus effectum impediunt: quorum (1) est justa præteritionis vel exheredationis causa, quæ si in testamento expressa, neq; ab agente eversa fuerit, testamentum firmitatem suam obtinebit, nec rescindi per querelam poterit, *arg. d. l. 5. §. 1. ff. h. t. & l. 28. C. eod.* Et olim quidem causæ istæ arbitrariæ erant, sed à Justin. postmodum ad certum numerum redactæ, ita ut in liberis hodie sint quatuordecim. *d. N. 115. c. 3.* in parentibus. octo. *d. N. c. 4.* & in fratribus, tres. *N. 22. c. 47.* ubi gravis exist.t quæstio, an ergo præter enumeratas istas causas, & aliæ similes vel majores ad exheredationem & exclusionem querelæ sufficiant? Et affirmativa quidem communiter recepta est: tum quod absurdum esset, & à jure planè alienum, si causa ingratitudinis major, vel omninò similis, non eodem jure habeatur, quo eæ quæ à *Justin.* expressæ sunt: quippe non possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut SCtis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere atq; ita jus dicere debet, *l. non possunt. 12. ff. de legibus* tum per *textum in c. prima autem. §. item qui 2. vers. sed quia natura &c. Qua fuit prima causa benef. amitt. 2. F. 24. Jason. in Auth. non licet. C. de de lib. præter. n. 6. & 7. ibiq. Sich. n. 7. & 8.* Eamq; probat etiam *Bocer. Class. 2. D. 3. th. 44. lit. B. D. Wngep. Ex. 8. q. 7. & Bach. ad d. D. th. 8. lit. C.* qui tamen eam nec verbis nec menti Justin. satis convenire fateri cogitur. Contra verò alii præter enumeratas à Justin. nullas, ne quidem majores vel similes admittendas esse contendunt: tum quod certæ causæ specialiter & nominatim in *d. N. 115.* enumeratæ sint; qua enumeratione opus non fuisset, si etiam alias vel majores vel similes locum habere voluisset *Imp.* tum quod scopum suum hac ratione non attigisset, nec altercationes veterum sustulisset: cum nihilominus causæ forent arbitrariæ, & à judicis determinatione dependentes, cujus utiq; erit determinare, quænam pro majoribus vel similibus habendæ sint: tum deniq; per *textum expressum in d. N. 115. c. 3.* ubi expresse prohibet Justin. ut præter ibidem propositas nulli liceat aliam ingratitudinis causam proponere. *Vigl. Zuich. ad §. fin. Inst. de exher. liber. n. 8. Vult. ad pr. Inst. de inoff. test. n. 14. Don. 6. comm. 12. ibiq. Hillig. lit. M, Conn. 9. comm.*

*comm. 10. n. 6. Gyph. ad d. Auth. non licet. C. de lib. prater. Arum. Ex. 10. th. 3. Trentl. d. th. 8. lit. C.* Et hæc posterior opinio, utpote quæ expresso nititur juris textu, meritò præferenda videtur. Nã quamvis *d. N. 115.* ad causas minores & dissimiles referre conentur, tamen id neq; generalitati textus, neq; scopo Justin. satis conveniens est, quippe qui altercationem veterum tollere, & causas antea incertas ad certitudinem reducere voluit. Non obstant fundamenta pro communi opinione allata, quoniam ad prius responderi potest, nihil absurdi esse; si in certis & singularibus quibusdam casibus à jure communi interdum recedamus, & omninò nominatim causas vel articulos comprehendere conemur: quod hoc loco omninò factum intelligitur, quo non tantum omnes ingratitudinis causæ, quibus paterna lædi potest pietas, enumeratæ videntur, sed etiam majores & similes, quæ vulgo afferuntur, veluti rebellio, proditio patriæ, veneficium &c. vel in remp. vel in alios committuntur, non immediatè patrem respiciunt, adeoq; huc non pertinent, ubi exheredatio conceditur non ad publici criminis vindictam, sed ut privata injuria, quæ rectà & præcipuè eum tangit, qui exheredat, hac ratione puniatur, ut rectè *Conn. d. n. 6.* Nec movet quod causas istas rebellionis & proditionis patriæ sub tertia causa in *d. N. 115. c. 3. §. si eos. 3.* proposita comprehendi quidam existiment. *Bocer. d. th. 44. lit. B.* Illud enim facilè refellitur ex iis, quæ modò dicta sunt, videlicet exheredationem non ad criminum publicorum coërcitionem, sed ad privatam testatoribus illatam injuriam vindicandam pertinere. Minus movet, quod decima quinta causa in ipsa *N. 115. c. 3. §. 11.* si filiafam. sine consensu parentum nuptias contraxerit, extare videatur. Respondetur enim, non quidem ad secundam causam, quæ est de gravi & inhonesta injuria, referendam esse, cum *Arum. d. th. 3.* quoniam secunda illa causa omnino de verbali injuria accipienda est, ut benè monet *Bach. d. loco:* sed potius *in d. §. 11.* revera non nisi unicam ingratitudinis causam haberi, si videlicet filia vel neptis parentibus, maritum & dotem dare volentibus, non consenserit, sed vitam luxuriosam elegerit, aut sine consensu eorundem nuptias contraxerit. In effectu enim hæc cõveniunt, cum & ea, quæ sine consensu parentum nubit, in meretri-

cia

cia conjunctione degere videatur, *arg. §. si adversus ea. 12. Inst. de nupt.* Ad alterum argumentum ex jure feudali petitum, respon-deri potest à separatis malam illationem fieri, *l. Papinianus. 20. inf. pr. ff. de minoribus.* Separatam autem hac in re esse vasallorum & liberorum rationem, cum liberis hereditatem parentum lex ipsa naturalis, & commune parentum votum deferat. *l. 7. ff. de bon. damn.* ut rectè *Arum. d. th. 3. inf.* Deinde in d. textu feud. expresse, enumeratis quibusdam ingratitudinis causis, scriptum est, discretum & solertem judicem & alias majores vel similes causas admittere debere: in d. verò *N. 115.* id disertè prohibitum, constitutumq; ne ulli liceat ex quacunq; lege alias ingratitudinis causas opponere. Et hoc de liberis expresse ita cautum est in *d. N. 115. c. 3.* Sed & de parentibus ex natura correlatorum idem dicendum videtur, adeoq; clausula ista in *d. c. 3.* posita in *c. 4.* omninò repetenda, ut agnoscit etiam *Bach. ad Treutl. d. D. 13. th. 8. lit. A. & D.* Aliud fortassis dicendum in fratribus, ut videlicet in eorum testamento, etiam similes vel majores causæ admittantur, cum & ratio hic alia, & clausula ista nusquam ad hunc casum porrecta reperiatur. Secundo huic querelæ contraria est renunciatio, sive expresse ea facta, *d. l. 15. §. 1. & l. 17. ff. h. t.* sive tacitè: puta legatum sibi suisq; relictum accipiendo, *l. si pars. 10. §. 1. & l. 12. pr. ff. d. t.* vel alio quovis modo judicium defuncti agnoscendo, *d. l. 8. si condicio. 10. l. si pœnas. 23. §. 1. & l. pen. & ult. ff. eod. t.* semper enim à querela repellitur. Quod verum est, si sponte & suo nomine id quis fecerit. Nam si alieno nomine & officii ratione coactus legatum agnoverit, querelam proprio nomine instituere non prohibetur. V. gr. Tutor, qui legatum pupilli sui nomine petit, judicium defuncti per hoc agnovisse non videtur, neq; propterea à querela inoff. rejicitur. *§. si tutor. 4. Inst. d. t. de inoff. test. ibiq; Ant. Matth.* Tertio impeditur querela inoff. si personæ exheredatæ vel præteritæ alio aliquo jure ad defuncti bona pervenire possint. *§. tum autem. 2. Inst. d. t.* Qui enim ordinario jure muniti sunt, ad extraordinarium remedium non admittuntur, *l. in causa. 16. ff. de minor. d. l. 8. §. si quis. 15. ff. de inoff. test.* Sive Civili sive Prætorio jure tuti fuerint. Unde filius emancipatus præteritus à patre de inoff. conqueri non

potest, quoniam jure Prætorio habet bon. poss. contra tabb. *d. l. 23. ff. h. t. d. l. 8. ff. de bon. poss. contra tabb.* Non obstat *l. 1. §. fin. ff. si à parente quis manumiss.* ubi querela hæc cum bon. poss. contra tabb. concurrit. Respondetur enim id speciale esse in eo casu, quo patri non ut patri, sed ut manumissori & quasi patrono bonorum possessio competit, & quidem non ad totam bonorum, sed certæ tantum partis possessionem, consequendam *l. 3. ff. d. t.* Hic enim cum pinguius sit remedium querelæ, utpote quæ totum testamentum rescindit, non immeritò cum hac bon. possessione concurrit. *d. l. 1. §. ult.* quemadmodum eam & hodie cum remedio nullitatis ex *d. N. 115, c. 3. & 4.* concurrere patet ex iis, quæ supradisputata sunt. Illud magni momenti non est, quod & bonorum possessio litis agnoscendæ gratia, de qua supra dictum, cum querela inoff. concurrat. Nam ea præparatoria tantum querelæ est, *d. l. 6, §. ult. & l. 8. pr. ff. h. t.* & sine re, adeoq; possessionem bonorum non tribuit, *l. 2. C. eod. t.* Sed & tum querela cum aliis remediis concurrit, quando utrumq; ex diverso capite ad eundem finem & testamentum æquè rescindendum competit: sic enim ei, qui ruptum & irritum potest dicere testamentum, licet etiam illud inofficiosum dicere *d. l. 8. §. si quis. 12. ff. h. t.* Quartò deniq; querela excluditur, si à testatore personis præteritis vel exheredatis aliquid relictum fuerit. *§. si nihil. 3. Inst. d. t.* Ubi obiter notandum, olim etiam competiisse, si videlicet minus 4ta vel legitima relictum fuisset, *arg. §. ult. Inst. d. t. de inoff. test.* Sed postquam actio ad supplementum inducta est, querela institutis competere non potest, adeoq; à Justin. non immeritò ad exheredatos & præteritos restringitur, *pr. Inst. d. t. de inoff. test.* Sive igitur tota relicta sit legitima, sive pars aliqua, vel etiam res minima, semper cessat querela hæc *d. l. 8. §. si quis. 6. ff. h. t.* Et posteriori casu ad supplementum legitimæ agitur. *§. sed hac ita. 3. Inst. d. t. & l. omnimodo. 30. C. eod.* Inter quas actiones hæ notantur differentiæ, (1) quod querela detur ad rescindendum, actio ad supplementum, ad conservandum testamentum, *d. pr. & §. 3. Inst. de inoff. test.* (2) quod propterea actio inoff. certo tempore, quinquennii videlicet, circumscripta sit, *d. l. 8. §. f. & l. seq. ff. d. t.* ad supplementum verò perpetua, sive ad 30. an-

nos

nos duret, *arg. pr. Inst. de perpet. & temp. act. juncta. l. in honorariis 35. ff. de O. & A.* Sive enim hereditatis petitionem, sive actionem familiæ ercifcundæ, sive ex testamento, sive condictionem ex lege intelligamus, (qua de re infra agemus,) semper perpetuam esse hanc actionem dicendum est, *arg. d. pr. de perpet. & temp. act.* Nec obstat *l. si quis. 34. inf. C. h. t.* quoniam verba illa de quinquennio & repudiatione, ad querelam, non actionem supplementi pertinere, ex ipso textu satis colligitur. Adde *Geil. 2. obs. 120. n. 7. Treutl. d. D. 13. th. 12. lit. D. & E. ibiq, Bach.* (3) quod hæc querela non nisi præparata, ut dictum, actio ad supplementum etiam sine præparatione ad heredes transmittatur, *arg. d. pr. Inst. de perpet. & temp. act.* (4) deniq; quod is, qui legatum sibi relictum agnoscit, querelæ renunciasse intelligatur, *l. 20. §. 1. & l. 12. ff. h. t.* non autem actioni ad supplementum, *l. si quando. 35 §. 2. C. d. t.*

## Legitima olim indistinctè quarta erat, portionis ab intestato debitæ; hodie in parentibus triens est, in liberis verò interdum triens, si 4. vel pauciores fuerint, interdum dum semis, si 5. vel plures extiterint,

Postquam in præced. dictum legitimâ vel totâ vel pro parte relictâ querelæ inoff. locum non esse ex *§. 3. Inst. d. t.* pauca hic (nam omnia plenè tractare, instituti nostri non est, de ea subjicere necessarium duximus. Vocatur legitima non tantum ex eo, quòd quantitas ejus à lege determinata est, *§. fin. Inst. d. 8. N. 18. c. 1.* Sed etiam quod cum universa hereditas deberetur ex ipsa naturali lege liberis, *l. 7. ff. de bon. damn.* & parentibus ex miserationis ratione turbato mortalitatis ordine, *l. nam etsi 15. pr. ff. d. t. l. 7. §. 1. ff. si tabb test. nulla extab. unde liber.* Jure Civili id hactenus mutatum sit, ut parentes & liberi de bonis suis liberè disponere possint, excepta legitima, quam liberis aut parentibus omninò relinquere debent, ne

 aliàs

aliàs in totum à jure naturæ vel gentium recedatur, contra *l. 6. ff. de just. & jur. Bach. ad Treut l. d. D. th. lit. C.* ubi etiam monet, juri naturali non aliter eam rectè adscribi, quàm quia tota hereditas, eo jure debetur, ut dictum, vel quia parētibus de bonorum parte licere disponere à jure naturæ vel gentium potius, non omnino abhorret. hinc appellatur quoq; debitum. *d. N. 18.* & debitum bonorum subsidium, *l. si totas. 5 C. de inoff. donat.* adeò ut hujus intuitu filius creditor patris à Dd. appellari soleat, ut videre est apud *Paris. vol. 3 cons. 108. n. 13,* vocatur interdum etiam Falcidia, *l. qua nuper. 31. C. de inoff. test. N. 92. pr. & Auth. unde etsi. C. d. t.* non quidem propriè & quod in persona liberorum hæc confundantur, aut saltem una in alteram imputetur, *Dn. Rittersh. ad N. p. 6. c. n. 3.* Ea olim indistinctè quarta erat, sive de liberi., sive de parentibus, sive de fratribus esset quæstio, *d. §. ult. Inst. h. t.* hoc tamen discrimine, quod liberis & parentibus ab initio & ipso jure, fratribus non aliter, quam si turpis persona instituta fuerit, debeatur, *d. N. 18. c. 1. d. l. 27. C. de inoff. test.* Hodie vero à Iustin. aucta est, ut in persona quidem parentum triens sit, in persona verò liberorum vel triens, si quatuor vel pauciores fuerint, vel semis, si 5. vel plures fuerint: *d. 18. N. c. 1.* juxta vulgatos versiculos: quatuor aut infra dant natis quinq; vel ultra. Quamvis enim *d. N. 18.* tantùm liberorum mentionem faciat, tamen propter naturam correlatorum etiam de parētibus idem dicendum est, videlicet & in eorum personis legitimam, saltem quoad trientem (nā quoad semissē frustra quæritur, cum quis tot parentes habere nequeat) auctā esse: *arg. eorum, quæ habet Everh. in Top. loc. 20. n. 7. & duob. seqq.* maxime propter finalia *d. N. c. 1.* verba, ex quibus satis apparet, id quod de augmento ibidem habetur, generaliter ad omnes personas quibus initio antiquæ quartæ ratio de inoff. decreta est, pertinere. *Gloss. & Dd. comm. ad Auth. novissima. C. de inoff. test. ibiq. Jason. n. 36. Sich. n. 12. & duob. seqq. Roland à Valle vol. 3. cons. 39. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 20. n. 283.* Frustrà dissentiente *Vaud. 1. q. 50. & penè Bach. ad d. D. th. 3. lit. C.* quorum argumentis haut difficulter satis fieri potest ex iis, quæ jam dicta sunt. De fratrum legitimâ majus existit dubium. Et eam quoq; auctam esse putat *Cujac. ad d. N. 18. non procul à pr. Fach. 4. contr. 28. per d. N. 18. c. 1.*

*18. c. 1. inf.* ubi dum Imp. augmentum hoc in omnibus observandum vult, qui jure antiquo querelam habuerunt, in fratribus quoq; idem dicendum videtur, quibus querelam saltem turpi instituta persona competiisse patet *ex d. l. 27. C, h. t.* Sed contrarium, uti communius receptum, ita verius quoq; videtur per *textum in d. N. 18. c. 1. inf.* ubi ad eos tantum qui jure suo & propter hoc ipsum, quod præteriti sunt querelam habent, augmentum hoc pertinere videtur: fratribus autem tantum ex accidente & odio heredis instituti, turpis videlicet personæ, querelam hanc concedi expeditum est. *d. l. 27. C. h. t. Gloss. ad d. Auth. Novissima. verbo: titulo. C. h. t. ibiq; Bald. & Dd. comm. Adde Vasq. d. §. 20. n. 213.* Ubi existit quæstio, utrum liberi à successione justè vel statuto, vel exheredatione exclusi, in computatione legitimæ connumerari debeant? V. gr. Si quinq; sunt liberi, quibus debetur legitima, & unus ex his vel statuto exclusus, vel justè exheredatus fuerit, dubitatur, an legitima nihilominus semis, an verò tantùm triens sit? Et distinguendum videtur inter statuto & exheredatione exclusos, ut illi quidem omninò pro mortuis habeantur, adeoq; uno per statutum excluso, reliquorum legitima tantum triens sit, quasi ab initio quatuor, tantùm liberi adfuissent, quibus trientem non semissem deberi patet ex *d. N. 18. c. 1.* Hi verò cùm non omnino pro mortuis habeantur, sed omninò ab intestato, si testamentum factum non fuisset, succederent, in computatione legitimæ hactenus numerandi erunt, ut reliquis partem faciant, efficiantq;, ut nõ duæ decedant unciæ, sed quinta tantum pars semissis: puta si fortè semis sit, 1500. flor. exheredatus non 500. qui duas uncias constituunt, sed trecentos tantùm sive quintam semissis partem abstrahet, ut rectè *Bach. ad d. D. 13. th. 15. lit. A.* Non obstat, quod & exheredatus pro mortuo habeatur, adeoq; ejus in computatione legitimæ, nulla habenda videatur ratio, *arg. l. pater. 14. ff. h. t. & §. sed nostra 3. Inst. de success. libert.* Respondetur enim ibi de computatione legitimæ nullam mentionem fieri, proinde extra terminos in quibus loquitur, id extendendum non esse. Minus ad rem facit *l. 1. §. ult. ff. de bon. poss. contra tabb.* quæ de deportato tractat, quem simpliciter prò Civiliter mortuo haberi, & conseq. omni suc-

successionis tam ex testamento, quàm ab intestato incapacem esse constat. His jam consequens est, si fortè tres sint liberi, & unus ex iis exheredatus, reliquos duos integrum trientem pro legitima non habere, sed exheredatum iis partem facere, & tertiam trientis partem abstrahere, *arg. d. l. 8. §. 8. ff. h. t.* Non obstante eo, quod etiam unius legitima triens sit, *d. N. 18. c. 1.* quoniam & jure antiquo unius legitima quadrans erat, & tamen exheredatus ei partem faciebat, ut benè monet *Bach. d. loco.* qui omnino videndus est. Præterea huc pertinet vulgata quæstio, an legitimæ quantitas jure Civili minui, vel tolli in totum possit, ubi communis est opinio, quod parentum & liberorum tanquam jure naturæ debita minui quidem, non autem in totum tolli possit, *arg. l. 6. ff. de just. & jur.* fratrum verò quæ ex merâ juris Civilis dispositione dependet, etiam in totum tolli non prohibeatur, *arg. §. ult. Inst. de legit. agnat. tut.* Quæ rationes quamvis non omninò rectè se habeant, cum non legitima, sed tota hereditas parentum debeatur liberis, ut supra dictum, & collaterales quoq; non merâ juris Civilis dispositione, sed ex jure gentium ad successionem vocentur, ut monet *Bach. ad Tr. d. D. th. 11. lit. C. in f.* tamen à communi opinione recedendum non est, vel ex eâ ipsa ratione, quod liberis, bona parentum, & quodammodo etiam parentibus liberorum bona, ipsa lex naturæ addicat, *d. l. 7. ff. de bon. damn.* quæq; adeò ipsis in totum auferenda non sunt, *arg. d. l. 6. ff. de just. & jur.* Fratres, verò licet & ipsi ex jure gentium ad successionem vocentur, nulla tamen specialis in iis occurrit naturalis ratio, proindeq; plus tribuendum juri Civili in eorum legitima moderanda vel in totum tollenda, ut agnoscit etiam *Bach. d. loco. Adde Treutl. d. th. 11. & alios ab eo allegatos.* Illud deniq; hic negligendum non est, legitimam nihil aliud esse, quam portionem quantitatis ab intestato debitæ. *d. Auth. novissima. C. h. t. ibiq; Gloss. & Dd. comm.* Idq; sive de uno, sive pluribus quæstio sit, tantùm hoc discrimine, quod ubi unus fortè filius adest, portio totius hereditatis cum portione ab intestato debita coincidat. Cum enim filio vel filiæ ab intestato tota parentum debeatur hereditas. *d. l. 7. ff. de bon. damnat.* legitimam ejus esse quadrantem vel trientem necesse est. *Adde Treutl. d. D. 13. th. 11. lit. B. ibiq; Bach.*

# HIC III. NOTANDÆ SUNT REGULÆ.

## I. Quod legitima hodie institutionis titulo relinquenda sit.

*d. N.115. c.3. pr.* Olim liberi tutò exheredari vel præteriri poterant, modo legitima vel minus ea, quocunq; modo vel titulo relicta esset. §.*sed hac 3. Inst. h. t. l. 8. §. si quis. 6. ff. & d. l. 30. C. h. t. n. 18. c. 1.* Verùm hoc correctum videtur à Justin. *in d. N.115. c. 3.* ubi expressè constituit, ut testamentum in quo liberi præteriti vel sine causa exheredati sunt, nullius momenti sit, etiamsi per quamcunq; donationem vel legatum vel fideicomm. vel alium quemcunq; modum legitima relicta sit. Ratio est, tum quod titulus institutionis honorabilior, cum ignominiosum quodammodo sit liberos exheredationis vel præteritionis injuria affici. *d. N. 115. c. 5.* tum quod propter jus accrescendi etiam utilior & fortior, *l. un. C. quando non petent: part. petent. accresc. Fachin. 4. contr. 24. & 30. Don. 6. comm. 12. & 19. comm. 4. ibiq; Hillig. lit. R.* A communi autem hac Dd. opinione recedunt *Eguin. Bar. add. §. 3. Inst. h. t. Arum. Exerc. 10. th. 18. & alii,* qui etiam hodie liberis legitimam quocunq; titulo relinqui posse existimant, modò exheredatio non præcesserit. Sed hoc facilè refellitur *ex d. N. 115. c. 3.* ubi satis apertè cautū, neq; præteriri neq; exheredari liberos absq; justâ causa, sed omninò institui, deberi: Unde frustra *& d. Nov.* non satis convenienter inter exheredatos & præteritos distinguit *Arum. d. loco. Adde Bach. ad Treutl. d. D. 12. lit. A.* Illud tamen fortasse dicendum, ut si quis omisso nullitatis remedio querelam intentare velit, ad excludendam eam satis sit, si legitima quocunq; titulo in testamento relicta fuerit, cum *d. N. 115. c. 3.* de querela inoff. planè non agat, ut supra aliquoties monuimus.

Ea

## 2. Ea hereditatis, non bonorum quota sit.

Olim distinguendum erat, ut siquidem filius in legitima institutus fuisset, ea omninò pars hereditatis, sin verò legati vel alio particulari titulo relicta, non nisi bonorum quota esse potuerit. *arg. d. §. 3. Inst. h. t. & d N. 18. c. 1.* Hodie verò cum legitima honorabili semper institutionis titulo relinquenda sit, ut supra dictum, eam hereditatis & bonorum quotam esse verius est. *Duar. ad t. ff. de adquir. vel omitt. heredit. Zas. ad §. actionum. 28. Inst. de act. ibiq. Schneid. n. 9. Treutl. d. D. th. 12. lit. C.* Nec obstat; quod legitima debeatur, deducto ære alieno, adeoq; bonorum potius quota dicenda videatur. *Salic. in l. scimus. 36. in f. C. h. t.* Neganda enim conseq. est, cum nihilominus in effectu liberi ratione legitimæ debita hereditaria agnoscere teneantur: quippe eo ipso dum ante præstationem legitimæ de hereditate tota deducuntur, pro tota eã minuunt, *d. l. 8. §. quarta. 9. ff. h. t.* Sed nec illud movet, quod satis sit liberos nudo nomine instituere, & jubere, ut certis rebus contenti sint, *arg. d. N. 115. c. 3.* quo casu legatarii potius, quàm heredis loco erunt, & consequenter legitima hereditatis pars esse non poterit, *arg. §. siquis. 9. Inst. de fideicomm. hereditat.* Responderi enim potest, imò & hoc casu liberos, pro heredibus hactenus haberi, ut testamentum valeat, & iis institutis deficientium portiones accrescere possint, *arg. d. l. un. C. quando non petent. part. pet. accresc. Adde Bach. ad Tr. d. th. 12. lit. & th. 16. lit. A.* Hinc facilis est responsio ad eam quæstionem, an filius legitimam retinere & repudiare hereditatem possit, videlicet id concedendum non videri, cum quota hereditatis sit, quæ pro parte retineri, pro parte repudiari non possit, *l. 1. & 2. ff. de adquir. heredit. Treutl. d. th. 16. lit. A.* quamvis aliud visum *Val. Riem. Ill. Q. Dec. 6. q. 8. & ferè Bach. ad d. th. 16. lit. A.*

## 3. Quod ad supplementum legitimæ vel

vel hereditatis petitione, vel familiæ erciſcundæ judicio agendum ſit.

Variant hac de re *Interpp. noſtri*, dum quidam condicionem ex lege dari volunt, *Weſemb. in π. ff. d. t. n. 6. Geil. 2 obſ. 120. & Dd. comm.* alii actionem ex teſtamento, *Ant. Fab. 14. err. 8.* nonnulli officium judicis implorandum ſtatuunt, quorum ſententiam probat *Bach. ad d. th. 12. lit. C.* Alii deniq; vel petitionem hereditatis, vel familiæ erciſcundæ judicium competere exiſtimant. *Duar. ad d. t. ff. de adquir. hereditate Zaſ. & Schneid. ad d. §. 28. Inſt. de act. Treutl. d. th. 12. lit. C.* Et horum opinio ſequi videtur ex iis quæ reg. 1. dicta ſunt, legitimam hodie omninò inſtitutionis titulo relinquendam eſſe ex *d. N. 115. c. 3.*

## *CAP. V. ET ULT.*

## DE CODICILLIS ET RELIQUIS ULTIMARUM VOLUNTATUM SPECIEBUS.

Et hæc de teſtamentis pro inſtituti ratione ſufficiant. Supereſt, ut de reliquis etiam ultimarum voluntatum Speciebus paucis agamus.

Inter eas autem præcipuum locum obtinent Codicilli, qui nihil aliud ſunt, quam ultima voluntas absq; heredis inſtitutione, & ordinationis ſolennitate confecta.

*arg.* §. *pen. & ult. Inst. de Codicill.* Codex dicitur in arboribus & radicibus id, quod à radice crassius supra terram assurgit, ex quo tabulas antiqui faciebant hisq; cera illitis stylo scribebant, postea solis earum corticibus tenuioribusq; tunicis nulla cera adhibita, pro membranis usi sunt. Hinc Codicis appellatio pro ipsa scriptura vel libris etiam in jure nostro ponitur, ut in *l. 3. § si ff. de tabb. exhib. l. librorum. 52. pr. ff. de legat. 3.* A codice autem est deminutivum Codicilli, qui semper plurativo numero proferuntur, sicut pugillares & liberi, ut scribit *Caj. in l. non est. 148. ff. de V. S.* Quamvis interdum & codicillus singulari numero in *Constitutionibus Impp.* reperiatur, ut apud *Dioclet. in l. non codicillum. 14. C. de test. Constant. in l. ult. C. fam. ercisc. & Justin. in l. cum antiquitas. 28. C. d. t. de testam. Adde Goedd. ad d. l. 148. ff. de V. S.* Et accipitur hoc vocabulum interdum pro parvis literis ad amicum scriptis, ut apud Cic. in Epistolis, nonnunquam pro diplomate, seu literis principalibus, ut in §. *filiusfam. 4. Inst. quib. mod. jus patr. potest sol. l administrantes. 41. pr. ff. de excusat. tut. l. judices. 12. C. de dignitat. lib. 12.* Communiter verò pro dispositione defuncti minus perfecta & solenni, ut *Inst. de codicill. ff. de jure Codicill. & C. eod. t.* Quo sensu rectè definitur ultima voluntas, *pr. Inst. d. t. de Codicill. ibi: voluntatem ejus, &c. & l. ult.* §. *1. &* §. *ult. C. eod. t.* non testamentum, cum testamenti appellatione codicillos non contineri verius sit, *l. 7. C. h. t. l. 10 & passim. ff. eod. t.* frustra dissentiente *Trentl. vol. 2. D. 10. th. 1. lit. D. & th. ult. lit. A.* Et quidem absq; heredis institutione, cum heres codicillis institui nequeat, §. *2. Inst. d. t.* ne jura testamētorum & codicillorum confundantur, ut monet *Imp. d.* §. *2.* & ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur, ut ait *Papin. in l. quod per manus. 10. ff. h. t.* quarum rationum illa Imperatoris generalior, hæc JCti specialior & codicillorum cum testamento factorum propria esse videtur: cum ii qui ab intestato fiant, ipsimet testamenti vicem exhibeant, ut loquitur *Paul. in l. ab intestato. 16. ff. d. t.* Deinde nec ullam solennitatem ordinationis desiderant, §. *ult. Inst. h. t.* videlicet talem, qualis in testamentis requiritur. Nam aliàs in codicillis quoq; 5.
teſtes

testes, & si Codicilli in scriptis facti fuerint, etiam subscriptio testium necessaria est, ut patet *ex d. l. ult. §. ult. C. h. t.* Quæ tamen ad probationem potius, quam ordinationis solennitatem pertinere videntur, *arg. l. fin. C. de fideicomm.* Wesemb. & *Vult. ad §. ult. Inst. de Codicill.* quamvis aliud visum *Bach. add. §. ult. Adde Harpr. ad d. pr. Inst. h. t & ibidem Theoph.* cujus tamen definitio, quod codicilli sint eorum, quæ in testamento testatoris voluntati desunt, supplementum, angustior definitio est, & tantùm codicillis cum testamento factis manifestè competit.

## Fiunt Codicilli vel in scriptis, vel sine Scriptura, iiq; vel cum testamento, vel sine eo, ab intestato.

*Azo in summ. C. h. t. n. 4. eumq; secutus* Wesemb. *in π. ff. eod. t.* Codicillos sine scriptis factos abusivè ita dici contendunt, cum ipsa nominis ratio supra etiam à nobis proposita, per scripturam codicillos tantum fieri posse, satis evidenter ostendat. Quod quoad verbi proprietatem rectè admittit *Don. 7. comm. 18.* aliàs cum verba usu valeant, sicut numi, & fatente etiam *Wesemb.* codicillos sine scriptis fieri expressè traditum sit *in l. generali. 13. C. de S S. Eccles. l. ult. C. de bon. libert. & d. l. ult. §. ult. C. h. t.* etiam nuncupatam voluntatem imperfectam propriè codicillos dici posse, non temerè quis negaverit: quo inclinat *Bach. in not. ad* Wesemb. *n. 2. Aliter Ant. Fab. Dec. 69. err. 9.* existimans ante constitutionem *Theodos.* Codicillos sine scriptis factos juri nostro planè incognitos fuisse: quod tamen *l. nutu. 21. ff. de legat. 3. & l. & in exemplo. 22. C. de fideicomm.* convenire haud videtur: utpote ex quibus etiam ante Theod. tempora codicillos sine scriptura fieri potuisse satis apertè colligitur. *Don. d. c. 18. inf. Adde Cl. Dn. Rittersh. ad §. 1. Inst. h. t. in f.* Illud exigui momenti est, quod *Vasq. de Success. progress. §. 30. n. 11.* scribit, non aptiùs Codicillos in scriptos & non scriptos dividi, quam si quis mandatum, locationem, emtionem vel alios contra-

ctus in scriptos & non scriptos dividere voluerit, cum utrobiq; scriptura non ad substantiam & solennitatem, sed probationem tantum exigatur. Nam ut taceam divisionem hanc non tantùm textibus expressis, sed etiã exemplo testamenti scripti vel nõ scripti sufficienter probari, fallitur etiam in eo, quod scripturam in contractibus semper ad probationem tantum requiri existimat, quoniam contrarium *ex pr. Inst. de emt. vend. & l. contractus. 17. C. de fide instrument.* evidenter ostenditur. Hoc potius notandum, quod in scriptis codicillis testes etiam subscribere debeant, quamvis signatio eorundem necessaria non videatur, ut infra probabimus. Utriq; autem Codicilli sive in scriptis, sive sine scriptis, vel ab intestato fiunt, vel cum testamento, & hi iterum vel ante, vel post testamentum *§. 1. Inst. d. t. de codicill. l. 8. l. 10. & l. 16. ff. eod. t.* quorum illi vicem testamenti exhibent. *d. l. 16.* hi verò à testamento dependent, & ejus condicionem & naturam sequuntur *l. 3. inf. d. l. 8. & passim. ff. h. t.*

## De codicillis cum testamento factis notanda est regula, quod valeant, etiamsi testamento expresse confirmati non fuerint.

*d. §. 1. Inst. h. t. & arg. l. Plotiana. 18. ff. eod.* Et hoc de iis qui post testamentum fiunt, ferè expeditum est: quippe qui per testamentum præcedens procul dubio sublati non sunt, sed ad testamẽtum referuntur, eiq; vel addunt aliquid vel detrahunt, ut infra dicemus. Nec obstat *l. sive initio. 6. C. h. t. & l. ult. ff. de fideicomm. libert.* quoniam in utroq; textu factum refertur, à quo ad juris necessitatem inferri non potest, *arg. l. 3. §. ult. ff. h. t. & d. §. 1. Inst. eod.* ubi dum de codicillis ante testamentum factis tractat, de iis, quæ post illud fiunt, ne dubitatum quidem fuisse haut obscurè colligitur. Quod verò attinet ad Codicillos ante testamentum factos, non aliter eos valuisse, quàm si speciali postea voluntate confirmati fuissent, *Papinianum* existimasse refert *Justin. in d. §. 1. h. t.* Et ratio

tio est, quoniam testator eo ipso, dum testamentum postea condit, à codicillis, qui ab intestato tantum valuissent, recedere voluisse intelligitur. Quod jus & Trajani tempore omnibus notum fuisse, patet ex *Plin. lib. 2. ep. 16.* Verùm *Divi Sever. & Ant.* rescripserunt, valere codicillos ante testamentum factos, etiam sine confirmatione expressa, modo appareat, cum qui testamentum fecit à voluntate, quam in codicillis expressit, non recessisse, teste *Justin. d. §. 1, Inst. h. t.* nam ipsa *Dd. Severi & Anton. Constitutio in C. repetitæ prælectionis* non extat. Quæ *Impp.* verba ambigua sunt, & vel hunc habere sensum possunt, quod in dubio præcedentes codicilli testamento subseq. semper confirmati intelligantur, quô modo ea accipit *Accurs. ad d. §. 1. per l. si quis. 3. §. fin. & l. ab intestato. 16. ff. h. t. Mynf. ad d. §. n. 3.* vel etiam hunc, quod codicilli antea facti per testamentum, non tantum expressè & tacitè etiam confirmari possint, si videlicet voluntas in codicillis expressa, quocunq; indicio retineatur. *d. 1. & l. ante tabb. 5. ff. h. t.* Et hæc posterior opinio tam rationi superius propositæ, quam textui in *d. l. 5.* magis convenire videtur. Non obstante eo, quod ita *Papin.* sententia à mente *Severi & Anton.* diversa futura non sit, contra verba *Justin. in d. §. 1.* quoniam dici potest, vel *Papin.* sententiam suam mutasse, vel à *Tribon.* eam interpolatam fuisse, cum *Hotom. ad d. §. 1.* Sed priorem opinionem probat *Theophil. Claud. Cantiu. ad d. §. 1. Bart. in d. l. 5. ff. h. t. & Dd. comm. Adde Duar. 2. Disp. ult. Mercer. 2. opin. 12. & Ant. Faber. 5. conj. 12. & 25. comet. 15.*

## Codicillos facere possunt omnes ii, & quidem hi tantùm, qui & testamenta condere possunt.

*l. Divi. 6. §. pen. & l. 8. §. codicilli. 2. ff. h. t.* Unde furiosum, prodigum, pupillum & similes, nec codicillos facere posse dicendum est, *l. ne Codicillos. 5. C. h. t. Rolandin. Passeger. tr. de codicill. c. 1. n. 6.* Nec obstat quod *pr. Inst. eod. t.* expressè scriptum sit, eum

 qui

qui testamentum facere non potest, codicillos tamen posse. Responsio enim tum ex *ipso textu*, tum *ex d. l. 8. §. 2. ff. h. t.* facilis est, videlicet distinguendum esse inter impedimentum juris & facti, ut si quis jure testamenti factionem non habeat, is nec codicillos facere possit, *secundum d. l. 6. §. pen. ff. & d. l. 5. C. h. t.* Si verò de facto impediatur, puta quod sufficientium testium facultatem non codicillos facere omnino possit, *per d. l. 8. §. 2. h. t.* Hoc ipsum enim facti impedimentum codicillis originem præbuisse docet *Justin. d. pr. de codicill.* Hic quæstio existit, si fortè statuto minor 25. annis, vel conjunx ad conjugis utilitatem testamentum facere prohibeatur, utrum prohibitio illa etiam ad Codicillos extendenda sit? Et affirmativa quidem probari videtur, tum per textum in *d. l. 6. §. pen. ff. h. t.* tum per reg. Jur. quod prohibito aliquo prohibita censeantur omnia, quæ ex eo sequuntur. *c. cum quid. 39. de R. J. in 6. Bart. & Dd. in d. l. 2. ff. de leg. 1. ibiq; Duar.* Sed negativa fortè verior est, tum quod statuta propriè accipienda sint, *arg. l. quod constitutum. 21. ff. de test. milit.* propria autem testamenti appellatione codicilli non contineantur. *l. si idem. 7. C. de Codill.* tum quod Jus correctorium & conseq. etiam statutum ultra casum, in quo loquitur, extendendum non sit, *l. præcipimus. 32. §. f. C. de appell. l. sancimus. 27. C. de testam.* tum deniq; quia in dubio ea accipienda sit interpretatio, quæ ultimæ voluntati favet, *l si pars. 10. ff. de inoff. test. Boër. Class. 2. D. 6. th. 6.* Nec movet *d. l. 6. §. pen. ff. h. t.* utpote quæ de jure communi loquitur, quo ita constitutum est, ut is qui testamentifactionem non habet, nec codicillos facere possit: statuta verò imprimis juris communis correctoria, (quale hoc nostrum esse expeditum est,) ita accipienda sunt, ut quam minimum recedatur à jure communi. *Matth. Wesemb. vol. 1. cons. 14. n. 10.* cum ea tantum disponere intelligantur, quantum loquuntur, nec quicquam præterea, ut post alios à se allegatos monet *Geil. 2. obs. 33. n. 2. inf.* adeoq; casus omissus pro omisso & sub dispositione juris communis relicto haberi debeat. *Matth. de Afflict. Dec. 21. n. 13. Matth. Coler. Dec. Germ. part. 1. Dec. 7. n. 26. Cothm. vol. 3. resp. 46. n. 31.* Minus ad rem facit regula ex jure Canon. adducta; quoniam codicilli ab intestato facti; de quibus hic quæstio est ad testamen-

mentum non pertinent, nec illud sequuntur, sed per se v. sent. & testamenti tantùm speciem exhibent, ut constat *ex d. l. 16. ff. h. t.*

## Materia sive Objectum Codicillorum sunt legata, fideicommissa, tutorum dationes, libertates: non etiam hereditatis datio vel ademtio.

Olim legata codicillis dari non potuisse expeditum est *ex §. praeterea. 10. Inst. de fideicomm. heredit.* nisi testamento confirmatis. *Caj. 2. Inst. §. praeterea. 8.* sed fideicommissa tantùm, *d. §. 8.* quorum gratia codicilli potissimum inventi sunt, ut apparet *ex pr. Inst. l. t.* Ratio differentiae est, quoniam legata directis & imperativis verbis relinquebantur. *Ulp. in fragm. t 24. pr.* quae à codicillis aliena fuisse patet ex *d. §. 8. & arg. §. 2. Inst. h. t.* Hodie verò postquam legata fideicomm. & fideicommissa legatis per omnia & in omnibus exaequata sunt, *l. 2. C. communia de legat. & §. sed non usq. 3. Inst. de legat.* etiam legata Codicillis relinqui posse verius dicetur: non obstante eo, quod *Imp in d. §. 10. de fideicomm. heredit.* verbo praesentis temporis utatur, non valeant, qui si sublata fuisset ista differentia, praeterito tempore uti debuisset, videlicet non valuerint, vel non valerent, *Giph. ad d. §. 2. Inst. d. t. de legat.* Responderi enim potest, id propterea factum fuisse, quoniam *Imp.* etiam post exaequationem legatorum & fideicomm. nihilominus, ut Studiosis adolescentibus consuleret, separatim de legatis & fideicom̃. tractare voluit, uti patet *ex d. §. 2. Inst. de legat. Adde Don. 8. comm. 2. ibiq. Hillig. in not.* De fideicomm. res expedita est, sive ea universalia sint, sive particularia, *d. §. 8. lib. 2. Inst. Caii.* Nam & hereditates per fideicommissum jure relinqui, docet ipse *Justin. §. pen. Inst. h. t.* Tutores quoq; Codicillis testamento confirmatis rectè dari probat *l. 3. pr. ff. de test. tut.* Sed & non confirmatis Codicillis datio eatenus sustinetur, ut quod deest, magistratus potestate suppleri, ut tutores ipso jure minus utiliter dati confirmari possint, *l. 1.*

§. 1.

*§. 1. vers. aut in Codicillis. ff. de confirm. tut.* Idem dicendum de libertatibus, & eas videlicet si Codicillis testamento confirmatis datæ fuerint, jure directo valere, *l. libertates. 43. ff. de manum. test.* & manumissum ipsius testatoris sive orcinum libertum fieri, *§. pen. Inst. de sing. reb. per fideicomm. relict.* Quod si verò codicilli testamento non confirmati sive ab intestato facti fuerint, fideicommissaria libertas nihilominus competet, *d. l. 43.* & manumissus heredis libertus efficietur. *d. §. pen. de sing. reb. per fideicomm. relict.* Alia ratio est hereditatis, quæ sive Codicilli confirmati, sive non confirmati fuerint, iis dari non potest, *d. §. pen. Inst. h. t. l. institutio. 10. ff. de condic. instit. l. quod per manus. 10. & l. 13. §. 1. ff. de jur. Codicill. l. 2. C. eod. t.* Ratio generalis est in *d. §. pen.* ne testamentorum & codicillorum jura confundantur, & specialis in *d. l. 10. h. t.* ne testamentum quod vires ex heredis institutione capit, per codicillos confirmari videretur, ut supra jam attigimus. Extenditur hoc ut ne secundo quidem gradu hereditas codicillis dari possit: quoniam nec substitutio directè in Codicillis facta valet, *d. §. pen. h. t. l. 6. inf. pr. ff. eod.* quippe & substitutio heredis institutio est, *pr. Inst. de vulg. subst. l. 1. & tot. t. ff. de vulg. & pupill. subst.* Deinde nec condicionem instituto heredi in Codicillis adjicere licet, *d. §. pen. & d. l. 6. pr. ff. h. t.* quoniam in defectu condicionis de adeptione hereditatis cogitasse intelligitur, *l. quidam. 27. in f. ff. de condic. instit.* quod in codicillis concessum non est, ut statim dicetur. Deniq; nec adimi quidem hereditas in codicillis potest, *d. §. pen. d. l. 2. C. h. t. l. 4. C. de his quibus ut indign.* exheredatio enim æquè ac institutio à Codicillis aliena, & testamentorum propria est, *l. non codicillum. 14. C. de test.* Hinc nec condicio institutioni adjecta codicillis adimi potest: quoniam ademtâ conditione purè videretur dari hereditas, quod Codicillis fieri non posse expeditum est, *l. pen. §. 1. C. de necess. serv. herede instit. Angel. Aretin. ad d. §. pen. Inst. h. t.* Procedunt autem hæc non tantum in extraneis, sed etiam parentibus & liberis, ut nec hi se invicem heredes in Codicillis directò instituere possint, tum per *textum generales supra allegatos,* tum *textum specialem in l. Scævola 76. ff. ad SCt. Trebell.*

*Vasq.*

*Vasq. 3. de success. creat. §. 25. n. 7. & 8.* Idem dicendum de piis causis, ut neq; illis hereditates in Codicillis directò relinqui possint, *Vasq. d. §. 25. n. 9.* Nec movet quod hæ dispositiones non tam Civili quam gentium jure valeant, quo differentiam inter testamentum & Codicillos non esse verius est. Respondetur enim, nec dispositiones inter parentes & liberos, vel ad piam causam factas mero jure gentium subsistere, sed jure Civili & Canon. quod ex certis causis specialia quædam privilegia iis indulsit, ut patet ex iis, quæ supra de his testamentis à nobis dicta sunt. Limitatur verò (1) ut licet directò hereditas codicillis dari nequeat, per fideicomm. tamen jure relinquatur, ut supra jam attigimus, ex *d. §. pen. h. t.* Idq; adeò verum est, ut etiam directæ institutiones & substitutiones benignâ interpretatione ad fideicommissum trahantur, *d. l. 76. ff. ad SCt. Trebell.* Si modo defunctum codicillos facere voluisse constet. Nam si quis testamentum se facere opinatus est, nec voluit quasi Codicillos id valere, eum nec Codicillos fecisse videri, sæpissimè rescriptum & constitutum est, *l. 1. ff. h. t. l. fin. §. 1. C. eod. l. coheredi. 41. §. quod si. 3. ff. de vulg. & pupill. substit.* (2) Excipiuntur codicilli à milite facti, in quibus hereditatem etiam directò dari posse Dd. magis communiter tradunt, *per l. militis. 36. ff. de test. milit.* Sed de hac limitatione non immeritò dubitari potest, tum *arg. §. pen. Inst. h. t.* ubi testamentorum & codicillorum jura confundenda non esse, apertè scriptum est: tum *per l. quærebatur. 19. ff. de test. milit.* ex qua haut obscurè colligitur, non aliter directam institutionem in codicillis factam valere, quam si eam testamento in potestatem institutionis miles redegerit, & ex ea, quæ precaria erat, directam institutionem effecerit: Non obstante *d. l. 36. pr.* quoniam ibi codicilli statim post testamentum facti sunt, & in iis non tam hereditas data, quàm institutio in testamento facta declarata fuit, quod nimirum heres testamento simpliciter institutus, dimidiam tantum hereditatis partem, alteram dimidiam Codicillis scriptus habere debeat. *d. l. 36.* extra quem casum, & ut indistinctè codicillis directò hereditas dari possit, extendenda non videtur. (3) Deniq; & heredis persona codicillis rectè declaretur; ut si testamento suo te-

*§. 1. verf. aut in Codicillis. ff. de confirm. tut.* Idem dicendum de libertatibus, & eas videlicet si Codicillis testamento confirmatis datæ fuerint, jure directo valere, *l. libertates. 43. ff. de manum. test.* & manumissum ipsius testatoris sive orcinum libertum fieri, *§. pen. Inst. de sing. reb. per fideicomm. relict.* Quod si verò codicilli testamento non confirmati sive ab intestato facti fuerint, fideicommissaria libertas nihilominus competet, *d. l. 43.* & manumissus heredis libertus efficietur. *d. §. pen. de sing. reb. per fideicomm. relict.* Alia ratio est hereditatis, quæ sive Codicilli confirmati, sive non confirmati fuerint, iis dari non potest, *d. §. pen. Inst. h. t. l. institutio. 10. ff. de condic. instit. l. quod per manus. 10. & l. 13. §. 1. ff. de jur. Codicill. l. 2. C. eod. t.* Ratio generalis est in *d. §. pen.* ne testamentorum & codicillorum jura confundantur, & specialis in *d. l. 10. h. t.* ne testamentum quod vires ex heredis institutione capit, per codicillos confirmari videretur, ut supra jam attigimus. Extenditur hoc ut ne secundo quidem gradu hereditas codicillis dari possit: quoniam nec substitutio directè in Codicillis facta valet, *d. §. pen. h. t. l. 6. in f. pr. ff. eod.* quippe & substitutio heredis institutio est, *pr. Inst. de vulg. substit. l. 1. & tot. t. ff. de vulg. & pupill. subst.* Deinde nec condicionem instituto heredi in Codicillis adjicere licet, *d. §. pen. & d. l. 6. pr. ff. h. t.* quoniam in defectu condicionis de adeptione hereditatis cogitasse intelligitur, *l. quidam. 27. in f. ff. de condic. instit.* quod in codicillis concessum non est, ut statim dicetur. Deniq; nec adimi quidem hereditas in codicillis potest, *d. §. pen. d. l. 2. C. h. t. l. 4. C. de his quibus ut indign.* exheredatio enim æquè ac institutio à Codicillis aliena, & testamentorum propria est, *l. non codicillum. 14. C. de test.* Hinc nec condicio institutioni adjecta codicillis adimi potest: quoniam ademtâ conditione purè videretur dari hereditas, quod Codicillis fieri non posse expeditum est, *l. pen. §. 1. C. de necess. serv. herede instit. Angel. Aretin. ad d. §. pen. Inst. h. t.* Procedunt autem hæc non tantum in extraneis, sed etiam parentibus & liberis, ut nec hi se invicem heredes in Codicillis directò instituere possint, tum per *textum generales supra allegatos*, tum *textum specialem in l. Scævola 76. ff. ad SCt. Trebell.*

*Vasq.*

*Vasq. 3. de success. creat. §. 25. n. 7. & 8.* Idem dicendum de piis causis, ut neq; illis hereditates in Codicillis directò relinqui possint, *Vasq. d. §. 25. n. 9.* Nec movet quod hæ dispositiones non tam Civili quam gentium jure valeant, quo differentiam inter testamentum & Codicillos non esse verius est. Respondetur enim, nec dispositiones inter parentes & liberos, vel ad piam causam factas mero jure gentium subsistere, sed jure Civili & Canon. quod ex certis causis specialia quædam privilegia iis indulsit, ut patet ex iis, quæ supra de his testamentis à nobis dicta sunt. Limitatur verò (1) ut licet directò hereditas codicillis dari nequeat, per fideicomm. tamen jure relinquatur, ut supra jam attigimus, ex *d. §. pen. h. t.* Idq; adeò verum est, ut etiam directæ institutiones & substitutiones benignâ interpretatione ad fideicommissum trahantur, *d. l. 76. ff. ad SCt. Trebell.* Si modo defunctum codicillos facere voluisse constet. Nam si quis testamentum se facere opinatus est, nec voluit quasi Codicillos id valere, eum nec Codicillos fecisse videri, sæpissimè rescriptum & constitutum est, *l. 1. ff. h. t. l. fin. §. 1. C. eod. l. coheredi. 41. §. quod si. 3. ff. de vulg. & pupill. substit.* (2) Excipiuntur codicilli à milite facti, in quibus hereditatem etiam directò dari posse Dd. magis communiter tradunt, *per l. militis. 36. ff. de test. milit.* Sed de hac limitatione non immeritò dubitari potest, tum *arg. §. pen. Inst. h. t.* ubi testamentorum & codicillorum jura confundenda non esse, apertè scriptum est: tum *per l. quærebatur. 19. ff. de test. milit.* ex qua haut obscurè colligitur, non aliter directam institutionem in codicillis factam valere, quam si eam testamento in potestatem institutionis miles redegerit, & ex ea, quæ precaria erat, directam institutionem effecerit: Non obstante *d. l. 36. pr.* quoniam ibi codicilli statim post testamentum facti sunt, & in iis non tam hereditas data, quàm institutio in testamento facta declarata fuit, quod nimirum heres testamento simpliciter institutus, dimidiam tantum hereditatis partem, alteram dimidiam Codicillis scriptus habere debeat. *d. l. 36.* extra quem casum, & ut indistinctè codicillis directò hereditas dari possit, extendenda non videtur. (3) Deniq; & heredis persona codicillis rectè declaretur; ut si testamento suo te-

stator ita scripserit; quem heredem Codicillis fecero, heres esto; vel ista, cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto, & postea Codicillis Titium instituerit, *l. asse toto. 77. ff. de heredib. instit. l. institutio. 10. pr. ff. de condic. instit.* Sed & pars hereditatis testamento indefinitè scripta, codicillis definiri potest, veluti si testamento ita scripserit: quantam hereditatis partem Titio Codicillis dedero, ex tanta parte heres ille esto, & postea Titio certam hereditatis partem detulerit. *l. si ita. 38. ff. de condic. & demonstr. l. si quis ita. 36. ff. de heredib. instit.*

Forma Codicillorum partim in eo est, quod heredis institutionem directam recipere nequeat; partim in solennitatibus quibusdam, ut uno contextu fiant, quinq; testes etiam non rogati adhibeantur, iiq; in Codicillis scriptis etiam nomina sua subscribant.

*l. ult. C. de codicill.* Essentialis forma adeoq; differentia inter testamentum & codicillos est heredis institutio, quæ testamenti fundamentum & caput est, §. *ante. 34. Inst. de legat.* proindeq; in codicillis fieri haut potest. §. *pen. Inst. h. t. 2.* Hinc si quis in ultima voluntate tantùm legata & fideicommissa relinquat, non testamentum sed Codicillos facere intelligitur, etiamsi dispositionem istam testamentum vocaverit, *l. ult. ff. h. t. l. non codicillum. 14. C. de test. & d. l. 7. C. h. t.* Quamadmodum è contrario testamentum, non Codicillos facere voluisse præsumitur, qui sibi directò heredem instituit: quamvis hanc voluntatem suam codicillos appellaverit, *arg. l. 14. C. de testament.* quoniam actus non à nuda denominatione, sed ab effectu & forma rei judicandus est, *arg. l. ex conducto. 15. §. si uno. 4. ff. Locat. Menoch. 4. de præsumt. 3. n. 1. 2. 3. & 5.* Solennitates, quæ in testamẽtis requirũtur, in codicillis necessariæ non

non sunt, adeò ut Imp. scribere non vereatur, eos nullam ordinationis solennitatem desiderare. §. *ult. Inst. h. t.* Quæ verba *Bach.* ex veteri quodam JCto descripta, hodie post *d. l. ult. C. h. t.* vix defendi posse putat, sed diximus supra *Impr.* nihil aliud, quam discrimen inter testamenta & codicillos constituere voluisse, etiam ratione solennitatum, ut in codicillis justæ illæ & solennitates testamentariæ non requirantur, quemadmodum hunc textum interpretatur etiam *Eguin. Bar. ad d.* §. *ult.* sed sufficiat, si uno contextu facti, quinq; testes adhibiti fuerint, iiq; in scriptis codicillis etiam subscripserint, uti patet ex *d. l. ult. C. h. t.* Requiritur ergo in codicillis (1) ut fiant uno contextu, sive uti testes uno eodemq; tempore adhibeantur, *d. l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* Eo ipso enim dum testes uno eodemq; tempore adhibendi sunt, & ipsos codicillos uno contextu fieri oportere facilè colligitur. (2) Ut quinq; testes adhibeantur: quoniam ex nova *Theodos. constit. in d. l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* in quavis ultima voluntate præter testamentum, quinq; testes requiruntur. Neq; refert rogati ii specialiter fuerint, an fortuitò advenerint, *d. l ult.* §. *ult.* modo postea moniti fuerint, se ad codicillos adhiberi, ut rectè monet *Don. d. lib. 7. comm. 19.* Non obstat *N. 90. c. 2.* per quem textum hodie etiam in codicillis rogatos testes esse debere putat. *Molina. cons. 31. n. 3. & 5.* Respondetur enim *d. N.* in casu speciali loqui, ut videlicet instrumentis debitæ pecuniæ testes rogati, non fortuiti adhibeantur, adeoq; tanquam correctoriam ad codicillos, quibus in ea nullum verbum, extendendam non esse. Sed nec illud interesse volunt, masculi an fæminæ ad testimonium adhibeantur, cum in codicillis fæminæ nusquam testes esse prohibeantur, adeoq; meritò admitti debeant, *arg. l. qui testamento. 20.* §. *mulier. 6. ff. qui test. fac. poss. Gloss. ad d. l. ult.* §. *ult. ibiq; Sich. n. 4. & Dd. comm. Don. d. c. 19. Vigl. ad* §. *testes. 6. Inst. de testam. n. 5.* Facit, quod mulieres à testimonii dictione in testamentis propter solennitates arceantur, *arg. d. l. 20.* §. *6. & 7. qui test. fac. poss.* codicillos autem ordinationis solennitatem non desiderare expressè scriptum sit in §. *fin. Inst. h. t. 12. Vigl. ad d.* §. *6. n. 4.* Ab hac opinione recedit *Dec. ad l. 2. ff. de R. J. n. 26. Treutl. vol. 2. D. 5. th. 8. lit. C. & D. 10. th. 4. lit. F. ibiq; Bach.* tum per tex-

 tum

tum in *l. hac consultissima. 8. C. qui test. fac. poss.* ubi à Justin. constitutum, eundem modum in codicillis observari debere, qui in testamentis præscribitur: tum quod Codicilli à testamentis numero tantùm testium, non qualitate & sexu distinguantur, & sicut in testamentis septem, ita in codicillis 5. testes requirantur, *Bach. d. loco.* Sed respondetur ad prius, quod in *d. l. 8.* scriptum est, non ad testium qualitatem pertinere, sed ad tabularium & subscriptiones, cæteraq; quæ specialiter in cæci testamento ultra vulgarem testandi formam intervenire necesse est, quæ & ipsa in codicillis cæci observari debent, ut rectè post *Gloss.* docet *Vigl. Zuich. ad d. §. 6. n. 5.* Ad posterius dicendum est, hoc ipsum in controversia esse, an numero tantùm, non etiam qualitate & sexu testium codicilli à testamentis differant, adeoq; non præsupponendum, sed probandum esse: maximè cum diversitas quæ ratione solennitatum inter codicillos & testamenta est, hanc quoq; differentiam inducere videatur, per ea quæ supra dicta sunt. Solas tamen fœminas sine ullo masculo, ne in codicillis quidem sufficere volunt. *Barb. in c. relatum. 11. n. 7. extra de test. Joh. Dilect. in tr. de art. test. caut. 2. n. 8.* quos post *Boër. class. 2. D. 6. th. 30. lit. C. refert Harpr. ad d. §. ult. Inst. h. t. n. 8.* Quæ tamen opinio ex rationibus supra allatis dubia reddi videtur: Si enim mulieres in codicillis testes esse nusquam prohibeantur, & aliàs quoq; in actibus minus solennibus recipiantur, utiq; & solas eas testes esse posse, haut improbabiliter colligitur. Illud quoq; hic notandum est, quod ipsi fideicommissarii, & legatarii testes in codicillis, utpote in causa propria minus rectè adhibeantur. *Wesemb. in tr. ff. qui test. fac. poss. n. 11.* Deniq; necessarium est, ut in scriptis codicillis testes nomina quoq; sua subscribant. Quod, licet in dubium vocetur *ab Azon. in summ. C. h. t. & Vasq. 3. de success. creat. §. 25. n. 23.* satis luculenter probatur per *d. l. ult. §. ult. C. h. t. ibi: testibus videlicet, quando in scriptis componitur, subnotationem suam accommodantibus &c.* atq; hanc opinionem receptiorem esse fatetur *Vasq. d. n. 23. Don. d. c. 19. ibiq. Hillig. lit. D. Harpr. ad d. §. ult. n. 9.* Testatoris autem manu ut scribantur vel signentur codicilli necesse non est, *d. l. 6. §. 1. ff. h. t.* adeò ut licet in confirmatione codicillorum paterfam. adjecerit, non aliter

se

se valere eos velle, quam sua manu signatos & subscriptos, tamen valeant, licet neq; ab eo signati, neq; manu ejus scripti fuerint: quoniam ea, quæ postea geruntur, prioribus derogant, *d. l. 6. §. 2. ff. h. t.* Quæri hic solet de codicillis cæci, an eandem formam & numerum testium desiderent, quem testamentum ejus requirit? *Et Cyn. Alber. & Bald. ad d. l. 8. C. qui test. fac. poss.* affirmativam tenent per *d. textum ibi: quæ in eundem modum erunt observanda. Gloss.* verò negativam probat, & quinq; tantum testes etiam cæci codicillis requiri existimat, *per d. l. ult. C. h. t.* Nos mediam viam sequendam & secundum proportionem id decidendum putamus, ut quemadmodum in testamento cæci præter 7. testes, adhuc Notarius vel octavus testis requiritur, ita quoq; in codicillis ejusdem præter 5. testes Notarius vel sextus testis adhibendus sit, ut post *Jas. docet Sich. ad d. l. 8. n. 15. C. h. t.* Limitantur autem ea, quæ de forma codicillorum hactenus dicta sunt, nisi testator testamento ritè condito, jusserit valere omnia, quæ scripserit vel scribet in codicillis. Tum enim in iis scripta perinde haberi, ac si testamento relicta essent, *d. l. 77. ff. de heredib. instit. & d. l. 10. pr. ff. de condic. instit.* proinde sufficere solennitatem testamenti, nec novam in Codicillis requiri observationem contendit *Don. d. c. 19.* Sed vereor, ut hæc opinio *d. l. ult. §. ult. C. h. t.* satis conveniat, ubi generaliter in quavis ultima voluntate, testamento excepto, adeoq; etiam in Codicillis indistinctè quinq; testes requiruntur: non obstantibus verbis illis: testamento excepto: quorum non hic sensus est, quod Codicilli, qui testamento insint, 5. testes non desiderent, sed quod testamentum numero isto contentum non sit, sed ampliorem videlicet 7. testium requirat, ut rectè monet *Hilliger. ad Don. d. c. 19. lit. G.* Neq; quicquam ad rem faciunt *d. l. 77. ff. de heredib. instit. & d. l. 10. pr. ff. de condic. instit.* utpote in quibus nihil aliud habetur, quàm heredis personam, cujus indefinitè in testamento facta mentio est, in codicillis declarari posse, ut ex ipsis textibus, & iis quæ supra de hereditate codicillis nemini danda, à nobis dicta sunt, satis apparet.

**Effectus Codicillorum est, quod in iis relicta vel directo, vel jure fideicomm. valeant, adeoq; vel actione ex testamento, vindicatione, hypothecaria, vel imploratione officii judicis peti possint.**

Distinctè hic procedendum, & (1) discrimen inter Codicillos ab intestato & cum testamento factos constituendum est. Ab intestato factos non aliter, quàm indirectò & jure fideicomm. valere expeditum est, *l. conficiuntur, 8. §. 1. & d. l. 16. ff. h. t. l 4. C. eod.* Quamvis enim hodie & legata quæ directis verbis dari constat, Codicillis ab intestato relinqui possint, *arg. §. sed non usq; 3. Inst. de legat. & l. 2. C. communia de legat.* tamen ea fideicommissi potius, quàm directo legati jure valere dicendum est, *arg. d. l. Scævola. 76. ff. ad SCt. Trebell.* ita ut nihilominus actiones pro legatis testamento relictis competentes, hic quoq; locum habeant, *d. l. 2. C. comm. de legat.* Si vero cum testamento facti, & in eodem confirmati fuerint, directò in iis scripta valere verius est, *arg. l. 3. pr. ff. de test. tutel. d. l. libertates. 43. ff. de manumiss. test.* Sive Codicilli ante, sive post testamentum facti fuerint. *d. §. 1. Inst. d. t. l. 5. ff. eod.* Quod si confirmati non sint, in iis relicta jure fideicommissi tantùm valere videntur, *arg. d. §. 1. ibi: posse fideicomm. peti &c. Inst. h. t.* Non obstante eo, quod omnes codicilli, sive ante, sive post testamentum facti, sive confirmati, sive non confirmati fuerint, à testamento dependeant, *arg. d. §. 1. Inst. h. t. & l. 6. C. eod. Sich. ad l. 1. n. 3. d. t.* quoniam hoc hactenus verum est, ut omnes indistinctè valeant, ut supra diximus, non autem, ut eodem quoq; jure valeant, sed nihilo minus hoc super esse discrimen, ut confirmati codicilli directò tanquam pars testamenti, non confirmati verò jure fideicomm. subsistant, *arg. d. §. 1. Inst. h. t.* Deinde ponenda differentia est, inter universitatem & res singulas in codicillis relictas. Nam hereditas non aliter, quam per fideicommiss. in codicillis, licet testa-

men-

mento confirmatis dari poteſt. ut patet ex iis, quæ ſupra à nobis dicta ſunt. Adde *Bach. ad Trentl. vol. 2. D. 10. th. fin. lit. B. & Ant. Fab. 15. conj. 14. & 15.* Actiones quod attinet, alia etiam eſt ratio eorum, quæ particulariter, alia eorum, quæ univerſaliter relinquuntur. Legata enim & fideicomm. ſingularia, poſt exæquationem eorundem iisdem actionibus petuntur, videlicet rei vindicatione, actione ex teſtamento & hypothecaria, *d. §. 3. Inſt. de legat. & d. l. 2. C. communia de legat.*, quorum prima ex jure dominii eſt, quod à morte diſponentis rectâ viâ in legatarios & fideicommiſſarios tranſit, *l. legatum. 80. ff. de legat. 2. l. a Titio. 64. in f. ff. de furt.* poſitis videlicet terminis habilibus, ut dominus fuerit rei relictæ diſponens, & ut corpus ſive ſpecies non quantitas relicta ſit: quippe nec aliena res, *§. non ſolùm. 4. Inſt. de legat.* nec quantitas propriè vindicari poteſt, *arg. §. 1. ibi: ſi rem corporalem. Inſt. de action.* Secunda ex quaſi contractu deſcendit, quatenus heres hereditatem adeundo cum legatariis & fideicomm. quaſi contrahere intelligitur, *§. heres. 5. Inſt. de oblig. qua quaſi ex contract. naſc.* Tertia ex jure hypothecæ oritur, quod legatarii & fideicommiſſarii in bonis diſponentis ex lege conſtitutum habent, *l. 1. C. d. t. communia de legat.* Univerſalia verò fideicomm. ſive hereditates fideicommiſſariæ, nec hodie aliter, quàm extraordinaria perſecutione officii judicis peti poſſe videntur, *l. pecuniæ. 178. §. pen. ff. de V. S. Bach. ad Trentl. vol. 2. D. 10. th. fin. lit. F.* Aliter *Accurſ. ad §. pen. Inſt. h. t. in verb. relinquitur,* eumq; ſecuti *Schneid. Mynſ. & Harpr. ad §. ult. in f. eod. t.* qui vel condictionem ex lege, vel utilem actionem ex teſtamento, ſi codicilli ab inteſtato facti, vel confirmati teſtamento non fuerint, competere exiſtimant. Verum uti olim omnia fideicomm. non aliter quam extraordinariis perſecutionibus peti poterant, *arg. d. l. 128. §. ult. ff. de V. S. ibiq; Alciat.* ita hodie ad condictionem ex lege confugere neceſſe non eſt, cum nulla hic ſit nova obligatio, ſed in univerſalib. fideicommiſſis ſive hereditatibus fideicommiſſariis perſecutiones extraordinarias, ſecundum *d. l. 178. §. pen.* in particularibus verò eaſdem, quæ pro legatis, actiones, competere omninò dicendum, per *d. §. 3. Inſt. de legat. &*

*d. l.*

*d. l. 2. C. communia de legat.* Alii non actionem ex testamento, sed actionē ex Codicillis, vel generaliter actionem ex volūtate ultima. & judicio defuncti eam appellandam volunt *Argentorat. ad d. 1. ff. de Codicill. n. 16. & ad tit. de legat. 1. n. 54.* Quæ opinio §. *2. & 3. Inst. de legat.* satis convenire non videtur.

## Infirmantur Codicilli vel contraria voluntate, vel rescisso testamento, si cum testamento facti fuerint.

Duplex ergo est infirmandi codicillorū ratio, una per se & principalis, altera per consequentiam. Per se infirmantur voluntate contraria, sive ea verbis sive factis, sive coram testibus, sive aliâ ratione declarata fuerit. Nam codicillos & nuda voluntate infirmari posse verius videtur, *arg. l. si jure.* 18. *ff. de legat. 3. juncta l. nihil.* 35. *ff. de R. J.* Qua de re egimus *supra c. ult. part. gen.* ubi videri potest. Dixi autem voluntate contraria: quoniam aliàs codicilli posteriores prioribus non derogant, *l. 3. C. de codicill.* cum plures codicillos facere, nemo prohibeatur. §. *ult. Inst. d. t.* quamvis pluribus testamentis nemo decedere possit, sed semper prius per posterius ipso jure rumpatur. §. *posteriore. 2. Inst. quib. mod. test. infirm. l. 1. & 2. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Ratio differentiæ est, quod testamentum perfectam & plenam dispositionem de omnibus bonis contineat, *l. 1. ff. qui test. fac. poss.* adeoq; non nisi unum valere possit: codicilli autem de rebus singulis aut parte bonorum agant, & conseq. etiam duo vel plures simul subsistere nihil impediat; *d.* §. *f. Inst. h. t. l. 6.* §. *1. ff. eod.* modo posteriores prioribus contrarii non sint. *d. l. 6.* §. *licet. 2. inf. l. cum proponatis. 3. C. h. t. & l. clari. 19. C. de fideicomm. Bart. ad d. l. 3. C. h. t. & Dd. communiter.* Hinc si duo extent codicilli, una eademq; die confecti, quorum uno alicui res certa legetur, in altero adimatur, eum qui ademtionem continet, posteriorem esse, proindeq; priori derogare dicendum est. Semper enim id primum esse præsumimus, quod jure primum esse

de-

debet, de jure autem priore loco legamus, posteriore adimus; cum privationem præcedat habitus necesse sit, *l. 3. in f. ff. de cap. minut. l. Decem. 116. ff. de V. O. Jas. & Alex. ad d. l. 3. C. h. t.* Quod si verò duob. codicillis eodem die confectis eadem res in uno legetur Titio, in altero Sempronio, cum Codicilli isti contrarii non sint, sed diversi tantum, utriq; valebunt, & legatarii tanquam re conjuncti in legato concurrent & concursu partes facient, *arg. §. si eadem. 8. Inst. de legat. Gloss. Bart. & Jas. ad d. l. 3. C. h. t.* Nisi fortè de voluntate disponentis alia, puta quod priori legatum adimere, & in alterum transferre voluerit, manifestò constet, *§. transferri. 1. Inst. de ademt. legat. Mynsi. ad d. §. ult. n. 2. in f. Inst. h. t.* Per consequentiam vero tolluntur codicilli, si testamentum, à quo dependent, *d. l. 16. ff. h. t.* & cujus quasi pars esse intelliguntur, *l. quidam 14. ff. d. t. l. pen. ff. testament. quemadmodum aperiantur*, rescissum fuerit, *l. 3. §. ult. l. 8. §. 3. ff. h. t. & l. 1. C. eod.* quippe cum principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur, locum habent, *l. nihil. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur.* Idq; adeò verum est, ut si quis post testamentum conditum arrogatus codicillos fecerit, nihil ex iis debeatur, licet dissoluta arrogatione sui juris decesserit, *arg. l. si filiusfam. 19. ff. qui test. fac. poss.* quoniam capitis deminutione irrito facto testamento, & codicillos nullius momenti esse, nec emancipatione secuta confirmari posse dicendum est, *arg. l. qui res suas. 98. §. ult. ff. de solut.* Nec obstat *d. l. 8. §. si post 3. ff. h. t.* ubi codicillos valere, satis apertè scriptum est. Respondetur enim, non quidem cum *Ant. Fabr. 10. conj. 20. vers. fin. sed dicemus &c.* Tribon. inscitiæ & audaciæ adscribendū esse: id enim temerarium nimis est & ex seqq. facilè refellitur: nec cum *Don. d. lib. 7. c. 19.* decidendi rationem esse in eo, quod codicilli in futurum confirmati sint eo tempore, quo testator adhuc paterfam. & sui juris erat, adeoq; licet postea arrogationis tempore facti sint, nihilominus ipso confirmationis tempore confecti intelligantur, *arg. l. 10. vers. proinde. ff. de condic. instit.* quoniam testamento per arrogationem irrito facto, & codicillos tanquam accessorium corruere necesse est, *c. accessorium. 42. de R. J. in 6.* Sed potius codicillos hîc æquè ac testamentum jure Civili non valere. Sed jure

Prætorio convalescere, *l. pen. §. ult. ff. de bon. poss. secundum tabb. Hillig ad Don. d. c. 19. lit. B.* Limitatur autem hic modus tollendi codicillos, ut non procedat, quando codicilli post testamentum prius ruptum facti sunt. Hoc enim casu cum à testamento nullo sive rupto pendere nequeant, ab intestato valebunt, & vicem testamenti exhibebunt, *d. l. 16. ff. h. t. l. 1. C. eod. ibiq; Gloss. Sich. & Dd. comm.* Sed quid, si testator testamentum nativitate posthumi ruptum, iterum confirmaverit, anne & Codicilli, quorum nulla facta erat mentio, simul confirmati intelligentur? Et dubitandi ratio esse potest, quod hic accessorii & principalis non sit eadem ratio, cum testamentum sine codicillis subsistere, codicilli autem isti sine testamento valere nequeant, adeoq; non statim testamento confirmato & codicillos confirmari necesse est. Sed ratio decidendi peti potest ex *arg. d. l 8. §. 3. ff. h. t.* ubi testamento, dissolutâ arrogatione, jure Prætorio confirmato, & codicilli simul confirmati intelliguntur: quoniam codicilli cum testamento facti ex eo dependent, ejusq; condicionem & naturam sequuntur, *d. l. 16. ff. h. t.* Unde rationis illa diversitas in principali & accessorio, hic impedimento non est, sed sufficit codicillos à testamento ita dependere, ut ejus jure & virtute valeant & sustineantur, ut rectè *Sich. ad d. l. 1. n. 6. C. h. t.* Ubi pro hac opinione etiam adducit *d. l. 1.* quasi & in ea testamento confirmato, & codicilli confirmati intelligantur. Verùm textu diligentius inspecto, facilè apparebit, non de codicillis ibi, sed testamento per literas, sive codicillos, confirmato sermonem esse, adeoq; testamentum jure codicillorum valere, & fideicomm. in eo relictum ex novissima defuncti voluntate rectè peti posse, *d. l. 1. C. h. t.* Quæri hic etiam potest, si forte quis cum unum tantum haberet filium, codicillos ab intestato fecerit, & amico cuidã 100. reliquerit, postea autem ipsi posthumus natus fuerit, utrum legatum istud etiam ad posthumum pertineat, an à solo filio altero solvendum sit? Et siquidem in codicillis generaliter scripserit, quisquis mihi heres erit, ei amico meo centum solvere jubeo, dubitandum non est, quia uterq; pro dimidia ad exhibitionem legati obligatus sit; si verò in specie à Titio filio 100. ista legaverit, posthumus nihil debet, sed ipse solus obstrictus est, ita

tamen

tamen, ut tanquam in re dividua, cujusmodi quantitates omnes esse constat, dimidium, id est, 50. solvendo liberetur, per textum in *l. cum pater. 77. §. cum existimaret. 29. ff. de legat. 2.* Nam si res individua fuerit. puta libertas, vel servitutes, integrum quod relictum est, præstare compellendus est. *d. §. 29. inf. Sich. ad d. l. 1. n. 5. C. h. t.*

Huc referenda est admodum frequens hodiè Codicillaris clausula, qua testator testamentum suum in omnem eventum saltem Codicillorum jure valere jubet.

*l. Titia. 13. ff. de inoff. test. l. 3. inf. ff. de testam. milit. l. ult. §. 1. C. h. t. l. ex ea. 29. §. 1. ff. qui testam. facer. poss.*

Ea vulgo in expressam & tacitam dividitur. Expressa est, quando testator, velle se testamentum suum etiam jure codicillorum valere, expresse dicit.

*Per textus modò allegatos.*

Tacita, quæ in certis quibusdam casibus ex præsumta testatoris voluntate inesse præsumitur.

Exempla ponunt in testamento militis *d. l. 3. inf. ff. de testam. milit. ibiq. Gloss. & Dd.* in testamento patris inter liberos. *arg. l. coheredi, 41. §. quod si. 3. ff. de vulg. & pupill. subst. ibiq. Gloss. Jul. Clar.*

*Clar. 3. sent.* §. *testamentum. q. 8. n. 8. Vasq. de success. progress. lib. 2.* §. *20. n. 56. Hieron. Pantschman. lib. 2. Q. jur. controv. q. 9. n. 5.* in testamento ad pias causas. *Jas. in l. non dubium. 16. C. de test. n. 7. Pantschman. d. lib. 2. q. 6. n. 12.* in quovis testamento propter sanguinis conjunctionem & ardentem amorem eorum, quos testator vocavit. *l. in testamẽto. 38. ff. de fideicomm. libertat. Jas. d. n. 7. Pantschm. d. q. 6. n. 66.* & deniq; quando vel juramentum intervenit, vel enixæ testatoris preces adhibitæ sunt, *d. l. cum pater. 77.* §. *filius. 23. ff. de legat. 2. Pantschman. d. q. 6. n. 63. Harpr. ad* §. *non tantum 1. Inst. h. t. n. 7. Adde Gothofr. ad d. l. ult.* §. *1. C. h. t. Mantic. de conjectur. ult. volunt. lib. 1. t. 9.* Verùm *Giph. ad l. ult. C. h. t.* distinctionem istam clausulæ codicillaris in expressam & tacitam rejicit, nec aliter clausulam hanc locum habere, quàm si à testatore expressa fuerit, contendit. per *textus. in d. l. 41.* §. *3. ibi: Codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. ff. de vulg. & pup. subst. in l. ex testamento. 29. ibi: si non ab intestato quoq; succedentes rogati probentur. C. de fideicomm. in l. si jure. 11. ibi: cum non fuerit adjecta, ut pro codillis scriptura valeret. C. de testam. manumiss. in d. l. ult.* §. *illud. 1. ibi: nisi testamento id amplexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura obtinere debeat. C. h. t.* Nec obstant exempla & textus pro tacitâ ista clausula ex Dd. allata. Nam (1) in testamento militis, parentis inter liberos & ad pias causas ea ferè necessaria non est, nec magnum habet effectum, cum testamenta ista ex mera disponentium voluntate subsistant, & minori testium numero, quam ipsi Codicilli, contenta sint, nec ullam solennitatem desiderent, ut patet ex iis, *quæ de hisce testamentorum generibus supra c. 3. à nobis dicta sunt.* Deinde nec textus adducti multum probant; quoniam in *d. l. 3. ff. de testamento milit.* nihil aliud habetur, quàm militis dispositionem valere quocunq; modo relicta sit, etiamsi is si fortè jure communi testari destinaverit: cum nemo credendus sit genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua. Quod verò sub fin. de clausula codicillari, ad paganorum dispositiones pertinet, quibus interdum ejusmodi clausulæ adjici (expressè videlicet, quod ipsa vox satis innuit,) solent, ut in vim codicillorum valeant. Unde frustra ad tacitam clausulam hanc in testamento militis inducendam à Dd. inferri, satis manifestum.

stum est, ut pluribus hoc prosequitur *Giph. ad d. l. ult.* Minus facit pro testamento patris inter liberos, *d. l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. substit.* adeò ut potius contrarium inde eliciatur, videlicet clausulam codicillarem ne quidem testamento inter liberos aliter inesse, quàm si expressa fuerit, *d. §. 3. ibi: nisi hoc expressum &c.* Idq; sive de commodo ipsorum liberorum, sive extraneorum agatur, cum testamentum hoc favore potissimum liberorum valeat, & ea quæ extraneis adscripta sunt, regulariter pro non scriptis habeantur, ut supra *c. 3. de hoc testamento docuimus.* Nec movet *l. ult. in f. C. famil. ercisc.* quo textu pro hac distinctione utitur *Bocer. Class. 5. D. 6. th. 44. lit. A.* Responderi enim potest, negando consequentiam, quippe non sequitur, dispositio patris inter liberos quoad personam extraneam pro nulla habetur: ergo quoties de commodo liberorum agitur, clausula Codicillorum tacitè subintelligitur, cum Codicilli non aliter facti intelligantur quàm si testator hoc expresserit, *l. 1. ff. h. t.* & dispositionem parentis inter liberos solos etiam sine hac clausula valere certum sit, per ea quæ supra *d. c. 3.* à nobis dicta sunt. *Adde Ant. Fabr. decad. 36. error. 1.* Sic quoq; nec in testamento ad pias causas clausulam istam tacitè inesse, verius videtur, quoniam libertates, quas pro pia causa haberi constat, *arg. l. libertas. 122. ff. de R. J.* ex testamento imperfecto non valent, nisi adjectum fuerit, ut etiam pro codicillis scriptura valeret. *d. l. un. C. de testam. manumiss.* Præterea nec amoris fortè vehementia ad inducendam tacitam hanc clausulam sufficit. Nam quod ad *d. l. 38. de fideicomm. libert.* attinet, ea hoc tantùm probat, quod pii filii patris voluntatem sequendo & alumnam manumittendo, licet ad id stricto jure non tenerentur, rectè fecerint, adeoq; cum in uno parere defuncti voluntate cœperunt, etiam in alio, puta fideicomm. præstandis, meritò eam implere debeant, ut rectè *Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* Deniq; juramentum testatoris & enixæ voluntatis preces non tam tacitam codicillarem clausulam inducere, quàm modum ordinandi codicillos, aut adjiciendi clausulam istam continere videntur, docente *Giph. ad d. l. ult. Adde Menoch. 4. de præsumt. 31. n. 13. Gabriel. 4. comm. conclus. 1. de testam. concl. 5. inf.*

**Formula hujus Clausulæ vulgaris ea est, ut si dispositio non valeat jure testamenti, sive ut testamentum, codicillorum vice & jure valeat.**

*d. l. 1. ff. h. t. d. l. 3. in f. ff. de testam. milit. & d. l. ult. §. 1. C. h. t.* Extant hujus clausulæ & aliæ formulæ præter modò positam, veluti si minus aliquid legitimè, minusq; peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas, *l. pen. §. ult. ff. de legat. 2.* item, ea omnia quæ dari, fieri jussi, ea dari, fieri volo, ab omni herede, bonorumve possessore, qui mihi erit, etiam jure intestati, *l. Titia. 13. ff. de inoff. test.* Item hoc testamentum volo esse ratum, quacunq; ratione poterit, *l. ex ea. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* Sive volo testamentum hoc valere omnimodo, *arg. d. l. 29. §. 1. Menoch. de præsumt. 31. n. 9.* Et hæc videtur esse illa moribus nostris valdè usitata & testamentis adscribi solita clausula, omni meliori modo, quàm majoris efficaciæ, quam simplicem codicillarem clausulam vulgò existimant, sed minus rectè, ut infra monebimus.

**Effectus ejus est, ut testamentum quod aliàs jure imperfectum est, saltem ab intestato jure Codicillorum valeat.**

Id est ut heredes ab intestato venientes, per eam rogati intelligantur, hereditatem cæteraq; in eo relicta restituere iis, qui in ipso testamento heredes instituti sunt, vel quibus aliud quid per legatum aut fideicomm. relictum constat. *d. l. 3. ff. de testam. milit. in f. d. l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. substit. d. l. 29. §. 1. C. h. t.* Limitatur autem (1) ut nihil operetur hæc clausula, si imperfectio vel defectus circa ipsam testantis personam occurrat, fortè quod impubes, prodigus, vel aliàs testari prohibitus. Qui enim testari nequit

nequit, nec codicillos facere potest, ut supra diximus *ex l. 6. §. pen. ff. h. t.* & plenius tractant *Bart. in l. 1. d. ff. d. t. & Dd. in l. ult. C. eod.* Nisi fortè clausula, omni meliori modo adjecta fuerit, cujus hanc vim nonnulli esse volunt, ut incapacitatem etiam testantis suppleat. Sed meritò eos reprehendit *Ant. Fab. Dec. 69. err. 8.* cum nulla clausula efficere possit, ut is, qui testamentifactionem non habet, fideicommissa relinquere valeat, *l. 6. §. pen. ff. h. t.* nec quisquam cavere, ne leges in testamento suo locum habeant, *l. nemo. 55. ff. de legat. 1. l. testandi. 13. C. de testam.* (2) Ut in ejusmodi dispositione relicta non valeant jure testamenti, sed tantùm ab intestato, jure Codicillorum *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* quoniam inconveniens esset, testamentum per codicillos confirmare, ut notat *JCt. in l. 10. ff. h. t. Ant. Fabr. Dec. 20. err. 5.* ubi tamen frustra ridet Pragmaticos & Interpp. nostros quod dicant, testamentum virtute hujus clausulæ sustineri, quoniam nihil aliud & ipsi volunt, quàm ut sustineatur in vim codicilli, ita ut heres ab intestato succedens rogatus censeatur hereditatem per fideicomm. heredi scripto restituere, ut patet ex *Bart. ad d. l. 1. n. 3. ff. h. t. & Jul. Clar. 3. Sent. §. testamentum. q. 46. pr. & Dd. comm.* Atq; hæc in uno testamento, cui clausula hæc adjecta est, ita procedunt, Nam si duo testamenta quis fecerit, istorũ prius justũ fuerit, posterius imperfectũ, sed clausulã codicillarẽ adjectam habens, ea quæ posteriori hoc relicta sunt, propter vim clausulæ istius valebunt, non ab intestato, sed ex testamento, quasi priori testamento codicillaris hæc clausula cõfirmata fuerit, cum & aliàs testamento præcedente codicillos posteriores confirmari constet, *ex l. 8. pr. & d. l. 16. ff. h. t. Bart. d. n. 3. Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* Idem è contrario dicendum, si prius testamentum inutile adjectam clausulam codicillarem habeat, & posterius justũ ac perfectum sit: quoniã hic clausula ista efficiet, ut in priori aliàs inutili testamento relicta, ex testamento posteriori vires recipiãt, & jure testamẽti sustineãtur: ne aliàs pro parte testatus pro parte intestatus quis decedat contra *l. jus nostrum. 7. ff. de R. J. Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* Sed & in uno testamento interdum per clausulam, omni meliori modo, effici volunt, ut testamentum, quod tanquam solenne & in scriptis factum, ob omissam aliquam

solen-

in quibus de clausula codicillari sermo non est, nec fortè de defectu voluntatis, (nisi *in d. l. 1. ff. h. t.*) sed de eo casu, quo in scriptura, quæ ad testamentum faciendum parabatur, quædam etiam verbis fidei commissariis, sive precariis relicta sunt: quæ non subsistente testamento, tanquam accessoria corruere facilè concedimus. (4) Limitatur, ut fallat, si liberi præteriti vel sine justa causa exheredati fuerint. *Fachin. 4. contr. n. & 12.* ubi de tribus ordine videndum, (1) quando testamentum querela inoff. rescissum. (2) quando ex causa præteritionis vel exheredationis nullum, (3) quando nativitate posthumi ruptum est. Quando igitur testamentum ex causa inofficiosi, quasi contra pietatem factum, à liberis, parentibus, vel etiam fratribus si turpis persona instituta sit, rescissum fuerit, expeditum est, nec clausulam quidem codicillarem ullius momenti esse, propter colorem, quo agens hac querela utitur, quasi testator, cum testamentũ ordinaret, sanæ mentis haud fuerit, *pr. Inst. de inoff test. l. 2. ff. eod. t.* à demente autem fideicommissa quidem relicta valere dicendum est, *l. Titia. 13. in f. ff. d. t. fideicommissa. 36. ff. de legat. 3.* Non obstante eo, quod hodiè color iste dementiæ amplius non prætendatur, cum querela non aliter locum habeat, quàm si legitima causa inserta sit: quo casu demens videri testator utiq; non possit. *Bart. ad d. l. 1. ff. h. t. n. 14.* Nam id falsum est, per ea, quæ suprà de querela inoffi. sub reg. 1. dicta sunt, & si maximè verum esset, tamen nihil exinde inferri posset, quoniam parentes & inferendo legitimam causam contra officium pietatis fecisse videri possunt. *Adde Vigil. Zuich. & Mynf. ad pr. Inst. de inoff. test. Trentl. Vol. 1. D. 13. t. 6. lit. E. ibiq. Bach.* Quod si verò testamentum ob præteritionem filii à patre, vel hodie etiam exheredationem injustam à quocunq; parente factam ab initio statim nullum fuerit, communis est Dd. opinio, clausulam codicillarem adjectam hoc operari, ut liberi ab intestato venientes hereditatem iis, qui in testamento, licet aliàs nullo, scripti sunt, restituere teneantur, cum per textum generalem in *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* Tum per magis specialem *in d. l. ult. §. 1. C. h. t.* quo probatur, testamentum ob defectum solennitatis (puta si testes minus sufficientes, aut non rogati adhibiti sint) nullum, virtute hujus clausulæ hactenus susti-

 neri

neri, ut in vim codicillorum valeat: tum etiam quod aliàs hæc sit hujus clausulæ virtus, ut defunctus ab intestato decessisse intelligatur, *d. l. 3. inf. ff. de testam. milit. cum similibus*, Quo casu utiq; gravari liberos potuisse fideicomm. nemo ambigit. *Bart. in d. l. 1. ff. h. t. n. 9. Jas. in Auth. ex causa. C. de lib. prater. n. 21. Clar. d. §. testamentum. q. 46. n. 1. Bach. ad Treutl. d. D. 12. t. 10. lit. G. & Dd. comm.* adeò ut hæc decisio dubium nullũ habere videatur, secundum *Geil. 2. obs. 114. n. 3. in f.* Pro qua facit & illud, quod etiam sine clausulæ hujus adjectione fideicommissum universale sustineatur, & liberi ab intestato id præstare teneantur, *Auth. ex causa. C. de lib. prater. N. 115. c. 3. inf. Jul. Clar. d. §. testamentum. q. 54. n. 1. Geil. 2. obs. 134. Bernh. Grav. lib. 2. con. cl. 134. & Dd. comm.* Atq; hæc admittit *Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* si parens sciens liberos præterierit, non si ignorans, puta quod filium quem unicum habebat, peregrè mortuum esse persuasus fuerit, *arg. l. 15. quinq. ff. h. t.* Quæ distinctio non tantum *Bart.* què laudat *Giph.* sed etiam Dd. magis comm. esse videtur, ut apparet ex *Jul. Clar.* qui expresse mentionem facit testatoris, qui scienter filium præteriit. *d. q. 46 n. 2. statim in pr.* Contra verò *Gloss. in d. Auth. ex causa C. de lib. prater.* existimat clausulam hoc casu nihil operari: *Gloss.* opinionem suo tempore communem fuisse testatur *Signorol. Cons. 171. n. 4. relatus à Clar. d. q. 46. n. 1.* eamq; probat *Fach. d. lib. 4. c. 11.* tum per *d. l. 13. in f. ff. de inoff. test. & d. l. 36. de legat. 3.* tum ex eo, quod contraria opinione admissa, *d. N. 115. c. 3. & 4.* dispositio de testamento ob præteritionem vel exheredationem injustam nullo, quodammodo eluderetur, omnisq; honor liberis ex honorabili institutionis titulo debitus tolleretur, si rescisso testamento hereditatem nihilominus restituere scriptis heredibus cogerentur. Sed ad fundamenta hæc respondet *Bach. d. loco.* in textibus istis de testament. inofficioso sermonem esse, in quo parens non sanæ mentis fuisse videbatur: at de eo qui filium sciens præteriit, id nusquam affirmari, imò falsum esse, *arg. pr. Inst. de exhered. liber.* Deinde in successione ab intestato, qualis hæc procul dubio sit, de institutionis titulo frustra quæri. Aliam rationem affert *Treutl. c. D. 13. t. 10. l. G.* quod nempe clausulæ codicillaris hodie magis ex consuetudine Notariorum, quàm

peritè

peritè, vel ex testatoris voluntate aut dispositione apponi soleant, ut fatetur quoq; *Geil. d. obs. 114. n. 9.* Verum hæc ratio non concludit, cum in dubio utiq; clausula ista à testatore vel ejus voluntate adjecta præsumenda sit, neq; semper Notarii adhiberi testamētis soleant, ut rectè *Bach. d. loco.* Quicquid sit sustineri nihilominus *Gloss. & Fach.* opinio posse videtur, (1) *arg. d. l. 13. in f. ff. de inoff. test. & l. 36. ff. de leg. 3.* quæ licet de querela inoff. expressè loquantur, ad præteritionem tamen paternam & exheredationem (cum ista hodiè exæquata sint in *N. 115. c. 3.* ut supra docuimus) non malè ratio earum fortè porrigitur, cum & pater liberos exheredando vel sine causa prætereundo, contra pietatis fecisse officium, adeoq; non sanæ mentis fuisse intelligatur, *arg. d. pr. Inst. de inoff. & d. l. 2. ff. eod. t.* non obstante eo, quod ratio *dd. legum* correcta videatur, per *d. N. 115. c. 3. in f.* ubi legata & fidei comm. in ejusmodi testamento relicta valent: quæ valere non possunt, si testator pro furioso aut mente capto haberetur, *d. l. 36. ff. de legat. 3.* Responderi enim potest, id procedere, quoad legata & fidei comm. singularia aliaq; testamenti capitula, in quibus nulla liberis infertur injuria, non quoad institutionem, ut ea in fideicomm. convertatur, & liberi hereditatem heredibus in testamento scriptis restituere teneantur, de quo nullum extat *in d. N.* verbum, ut rectè *Fach. d. c. 11.* (2) quoniam injuria per exheredationem vel præteritionem liberis vel parentibus illata, *d. N. 115. c. 3. 4. & 5.* per clausulam codicillarem tolli posse haud videtur, adeoq; durante ea & dispositionem ejus durare debere, ut salvis tantum legatis aliisq; testamenti capitulis singularibus testamentum quoad institutionem corruat, nec consèq. in præjudicium liberorum & parentum in fideicomissum convertatur. Nec impedit, quod *d. N. 115. c. 3. & 4.* ad hunc casum non pertineat, sed de testamento sine clausulâ codicillari confecto accipienda sit, ut monet *Giph. add. l. ult. C. h. t.* Nihilominus enim ratio ejus & Justiniani intentio, quæ est à liberis & parentibus omnem præteritionis & exheredationis injuriam tollere, huc quoq; pertinet, & ad excludendam hujus clausulæ vim non immeritò porrigitur: ne aliàs quod directò negatum est, per indirectum concederetur. Deniq; urgere quoq; videtur summa instituendorum

 libero-

rum necessitas, *pr. Inst. de exheredat. liber. & tot. t. ff. de liber. & posthum. Paul. Busius ad d. l. 29. ff. qui test. fac. poss. n. 5. d. N. 115. c. 3.* ubi præcisè honorabilis institutionis titulus requiritur. Nam quamvis in successione ab intestato de institutione heredis nulla possit esse quæstio, ut supra ex *Bach.* monuimus, tamen hic non de nuda intestati causa sermo est, sed ubi testamentum factum, & quidem in fraudem & ad injuriam liberorum vel parentum, *d. N. 115. c. 5.* quæ injuria contra pietatem sanguini illata meritò hanc pœnam habet, ut institutio injuriosa in totum corruat, nec in fideicommissum converti possit. Non obstat generalitas *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* quoniam ea ad hunc casum nostrum, quo testator sanæ mentis fuisse non videtur, referenda non est, *arg. d. l. 36. ff. de legat. 3. l. cum mater. 28. in f. ff. de inoff. test. d. N. 115. c. 3 4. & 5.* Sed neq; specialis textus *in d. l. ult. §. 1. C. h. t.* multum stringit, utpote qui de aliis solennitatibus omissis (puta si testes insufficientes aut non rogati adhibiti fuerint) satis apertè loquitur, ideo ad hunc nostrum casum, quo liberi vel parentes injustè & contra pietatis officium præteriti vel exheredati sunt, extendi non debet. Præterea nec illud movet, quod hæc sit hujus clausulæ vis & efficacia, ut defunctus ab intestato decessisse intelligatur. Nam hoc non procedit, quando juris ratio impedimento est, quemadmodum hoc loco præsumtum in testatore furorem, aut injuriam liberis & parentibus illatam esse supra diximus. Adde *Bursat. lib. 1. cons. 15. n. 8.* Tandem nec ista communis Dd. opinio fortè recipi potest, quasi & sine clausula codicillari fideicommissum universale debeatur, & liberi vel parentes ad restitutionem hereditatis obligati sint. Quippe textus *in d. N. 115. c. 3. & 4. in f.* de legatis & fideicomm. particularibus tantum loquitur, adeò q; ad heredis institutionem, ut ea in fideicomissum cō vertatur, temerè referendus non est, ut rectè *Bus. & Fachin. loco alleg.*. Superest adhuc vitium rupti: quando testamentum nativitate posthumi rumpitur. Circa quem casum major exurgit difficultas, ut monet *Clar. d. q. 46. n. 2.* Et Hotom. quidem. *8. obs. 1.* in genere existimat, clausulæ istius nullam vim esse. (1) quia ipsa hujus clausulæ formulæ repugnet, quæ ita ferè concipi solet; si non valet, ut testamentum &c: quod verbum valet, ad præsens testamenti vitium,

tium, non ad illud, quod ex post facto per nativitatem posthumi supervenit, pertinere satis apparet. Unde ut huic rationi occurrant, distingvunt *Dd. vulgo*, utrum clausula tantum in præsens, an simul in futurum concepta sit; si non valet, vel non valebit, ut hoc posteriori casu omnia vitia testamenti, sive ab initio adsint, sive ex post facto superveniant, contineantur, *Bart. ad d. l. 1. ff. h. t. & Dd. comm.* quos rectè reprehendit *Ant. Fab. Dec. 20. err. 6.* cum mens potius disponentis, quam verba attendenda sint, ita ut ob mentem loquentis verbo præsenti interdum & futurum concipiatur, *l. 1. pr. ff. si cui plus, quam per leg. Falc. &c. l. si servitus. 23. ff. de serv. urb. prædior. l. si stipulatus. 76. ff. de V. O.* Quemadmodum & contra interdum futuro continetur præsens. *l. verbum oportebit 8. pr. ff. de V. S. Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* Secundum argumentum Hotom. est, quoniam credibile non sit, patrem exheredare velle filium, *arg. l. ex facto. 43. pr. ff. de Vulg. & pup. substit.* Ad hoc responderi potest, cessare præsumtionem istam, quando de animo defuncti constat, volentis, quisquis sibi nascetur, eum exheredem esse, *arg. l. qui jure. 7. ff. de test. milit.* 3. adfert *l. si cum. 10. C. de test. milit. juncta l. 3. ff. eod. t.* ex quibus textibus colligitur, ne militare quidem testamentum porrigi ad eum casum, quo miles posthumum se habere ignorabat: Ergo multò magis in clausula codicillari idem affirmandum erit. Sed respondet *Giph. d. loco*, aliam rationem esse testamenti militaris *in d. l. 10. C. de test. milit.* ubi testator erravit vel ignoravit sibi posthumum esse, adeoq; eum excludere voluisse censendus non est, cum errantis nullus sit consensus, *l. si per errorem 15. ff. de jurisdi. l. nihil. 116. §. fin. ff. de R. J.* aliam verò clausulæ hujus codicillaris, quæ dum expressam continet defuncti voluntatem, omnes eos excludit, qui testamento scripti non sunt, *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss. & arg. d. l. 7. ff. de test. milit.* Alii igitur contendunt etiam posthumo ignoranter præterito clausulam hanc operari fideicomm., ut posthumus natus rogatus intelligatur hereditatem scriptis in testamento heredibus restituere, tum per *d. l. ult. C. h. t.* ubi clausulæ codicillaris hæc dicitur efficacia, ut in testamento alias imperfecto disposita jure fideicomm. valeant & effectum sortiantur: tum quod posthumi nativitate Codicilli non rumpantur,
 &

& conseq. posthumus fideicomm. præstare teneatur, *l. si quis. 3. §. 1. & l. conficiuntur. 8. §. si post 3 ff. h. t.* tum per *textum in l. generali. 24. §. ex testamento. 11. ff. de fideicomm. libert.* tum deniq; quod testator clausulam codicillarem adjiciendo saltem in genere de posthumo cogitasse censendus sit, *arg. d. l. 7. ff. de test. milit. Bald. ad d. Auth. ex causa. C. de lib. præter. n. 11. & Dd. comm. teste Alex. vol. 3. cons. 30. n. 1.* relatô à *Gail. 2. obs. 114. n. 6.* Limitatur tamen ista opinio, ut non procedat, quando erronea opinio non habendi posthumum causam finalem dederit fideicommisso, *arg. d. l. 10. C. de test. milit. & d. l. 28. ff. de inoff. test. Bald. ad d. l. ult. n. 20. C. de codicillis.* Verum *Bart. ad l. 1. n. 10. ff. h. t.* negativam probat, videlicet hoc casu clausulam codicillarem nihil operari: (1) *arg. l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* ubi donatio inter vivos propter liberos postea natos revocatur: Ergo multò magis fideicomm. quod clausula codicillari continetur, *arg. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicomm.* Sed *d. l. 8. C. de revoc. donat.* specialem casum continet, ubi à patrono universa bona vel etiam pars bonorum liberto donata sunt, quem textum adeò Dd. frustrà ad quemvis donatorem & donatarium porrigunt, ut monet *Giph. ad d. l. 8. ibiq; Donell. & 14. comm. 10. n. 3. Hotom. 1. amic. resp. 12. & Coras. 7. misc. 30.* qui videri possunt. (2) quoniam & militis testamentum posthumi ignoranter præteriti nativitate rumpatur. *d. l. 10. C. de test. milit.* Ergò multo magis hæc clausula codicillaris, quam militari privilegio non gaudere expeditum est. (3) quoniam leg ta non debentur à posthumo ignoranter præterito, ubi alius heres institutus est, & is coheres efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitavit, *d. l. 11. & l. pen. ff. h. t. arg. l. cum pater. 77. & cum existimaret. 29. ff. de leg. 2.* Neq; infringit hoc fundamentum, quod *Ant. Fab. Dec. 20. err. 7.* (qui & ipse priorem opinionem sequitur) excipit, in *dd. legibus* codicillos ad certam personam (filii videlicet vel filiæ) scriptos fuisse: aliud autem dicendum, quando codicilli indefinitè scripti sunt, *arg. d. l. 25. §. 11. ff. de fideicomm. libert.* Nam non hæc est in *dd. textibus* decidendi ratio, sed ea potius, quod testator posthumum sibi nasciturum ignorabat, quem si scivisset, verosimiliter fideicommisso gravaturus non fuisset, *arg. cum avus. 102. ff. de condic. & demonstr.*

cum

cum nemo alienas successiones propriis anteponere voluisse censendus sit, *d. l. 30. in f. C. de fideicomm.* Et hanc *Bart.* opinionem sequitur etiam *Jason. in d. Auth. ex causa. C. de liber. præter. n. 4. & 24. Geil. d. obs. 114. n. 9. & seqq. Paul. Bus. ad l. qui gravi. 11. ff. de jur. codicill. n. 6. & 7. Fachin. d. lib. 4. c. 12. & Bach. ad d. th. 10. lit. G.* Nec offendunt hanc sententiam, quæ supra in contrarium allata sunt. Nam ad *d. l. ult. C. h. t.* responsio patet ex iis quæ supra dicta sunt, videlicet *textum d. l.* non de præteritione aut exheredatione injusta, sed omissione aliarum solennitatum loqui, quarum defectum clausulam codicillarem hactenus explere expeditum est, ut testamentum saltem in vim codicillorum & jure fideicomm. sustineatur, *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss. cum simil.* Secundum fundamentum procedit in codicillis ab intestato factis, quos per nativitatem posthumi non rumpi expeditum est, per *d. l. 3. §. 1. & l. 8. §. 3. ff. h. t.* quamvis posterior hic textus etiam de legatis, adeoq; particularibus relictis, non de heredis institutione loquatur, ut rectè monet *Bus. ad d. l. 11. n. 9. ff. h. t.* at eos, qui ad testamentum pertinent, rupto posthumi agnatione testamento, non valere in dubium non venit: nisi fortè post ruptum testamentum iterũ confirmati fuerint. *d. l. 1. C. d. t.* Tertium *ex d. l. 24. §. 11. ff. de fideicomm. libertatibus* petitum hanc ad rem parum facit; cum in *d. textu* non de heredis institutione, sed de libertate directa & fideicomm. satis apertè agatur. *Bus. d. locc. Fach. d. c. 12.* Nec admitti potest, quod testatorem saltem in genere de posthumo cogitasse contendunt. Nam si ne in militis quidem dispositionibus præsumtio ista aliter locum habet, quàm si de animo ejus constet, quod quemcunq; qui sibi natus fuerit, exheredem esse voluerit, *d. l. 7. ff. de test. milit. & l. 10. C. eod.* multò minus ea in paganorum testamentis sine textu recipienda erit. Sed quid si posthumus vivo patre natus sit. & pater cum testamentum mutare posset, id non fecerit? Et hoc casu etiam posthumo scienter prætento clausulam codicillarem effectum suum obtinere volunt, quasi testator in voluntate suâ perseverasse censendus sit, *arg. l. 6. §. dat. remissionem. 17. ff. de excus. tut. l. 3. C. de inoff. test. Bach. ad d. th. 10. lit. G. & Dd. comm. teste Dec. cons. 490. n. 7. & 8.* Verum contrarium juri magis convenire videtur, cum &

& hoc casu testamentum unà cum clausula codicillari semel ruptum sit, adeoq; ex præsumta ista voluntate reviviscere haut possit: quippe voluntas testatoris agnatione posthumi rupta, adeoq; nulla, *l. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. test. l. 1. ff. de suis & legit.* nudâ eâq; præsumtâ & conjecturatâ tantũ voluntate cõfirmari vix potest, *arg. d. l. 1. C. h. t. Bus. ad d. l. 11. n. 12. ff. h. t. nostro. Fach. d. lib. 4. cõtr. 13.* Nos distinctione inter sciẽter & ignoranter præteritâ posthabita, nativitate posthumi testamentũ omninò rũpi, nec virtute codicillaris clausulæ sustineri putamus, per ea quæ supra de liberis præteritis, vel non ut oportet, exheredatis à nobis dicta sunt. Nisi fortè de civili agnatione sermo sit; quo casu (si post testamentum conditum sibi filium adoptaverit, vel arrogaverit) cum æquè ac si posthumus natus fuerit, testamentum rumpi constet, *pr. Inst. quib. mod. test. infirm.* quæstioni præced. locus esse poterit, & dubitari, an si pater testamentum ita ruptum non mutaverit, in eadem voluntate perseverasse, adeoq; testamentum saltem in vim codicillorum confirmasse censendus sit. Quod magis est, ut ipsum quoq; falsum videatur, cum voluntatem semel ruptam legitimo modo non confirmaverit, *arg. d. l. 1. C. h. t.* Deniq; limitatur, ut procedat in clausula codicillari simplici, non in clausula omni meliori modo: cujus majorem, adeoq; etiam hanc efficaciam esse existimant, ut testamentum imperfectum non tantum in vim codicillorum, sed etiam testamenti perfecti sustineat, *arg. eorum, quæ habet Bald. in l. quoties. 13. n. 3. C. de heredib. instit.* Verùm hoc recipiendum non est, tum quod harum clausularum eadem videatur ratio & efficacia per textum satis clarum *in d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* tum quod testamentum & heredis institutio non à clausulis, aut voluntate defuncti, sed à jure publico dependeat, *l. 3. & 4. ff. d. t.* nemo autem efficere possit, ut leges in testamento suo locum habere nequeant, *l. nemo. 55. ff. de leg. 1. Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* Unde nec *Ant. Fabr.* probanda videtur opinio, quod clausula hæc omni meliori modo &c. id tantùm adeoq; minus, quàm codicillaris, operetur, ut si testamentum valere non possit jure militari, aut ex alio privilegio, fortassis testamenti inter liberos aut ruri, aut pestis tempore facti, *arg. l. 3. ff. de test. milit. d. D. 69. err. 10.* Nam clausula hæc à codicil-

dicillari revera diversa non est per textum in *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* & aliàs etiam sine istius clausulæ adjectione in dubio testator tutissimum testandi genus elegisse creditur, *arg. d. l. 3. ff. de test. milit.* Illud videndum, an saltem in eo majoris sit hujus clausulæ vis, ut testamentum in mortis causâ donationem convertat, ut si jure testamenti dispositio valere nequeat, ab intestato in vim mortis causæ donationis subsistat, si videlicet cætera, quæ ad mortis causæ denominationem requiruntur, puta 5. testes & donatarii præsentia, adsint? Et affirmativam *post Dd.* probat *Ant. Fab. Dec. 20. err. 5. in fin.* qui postmodum *d. D. 69. err. 10.* eandem improbare videtur, tum quod explicari satis nequeat, quomodo fieri possit, ut jure donationis mortis causa valeat voluntas illa, quæ jure codicillorum valere nequit: tum quod exemplum, quo *Dd. vulgo* utuntur, in filiofam. consensu patris mortis causa donante ex *l. tam is. 25. §. 1. ff. de m. causa donat.* &c. quasi ejus dispositio, quæ nec testamenti, *l. qui in potestate. 26. pr. ff. qui test. fac. poss.* nec codicillorum jure valere potest, *l. 6. §. pen. ff. de jure codicillor.* vigore dictæ clausulæ tanquam mortis causa donatio sustineatur, *arg. d. l. 25. §. 1. ff. de m. causa donat.* satis conveniens non videatur. Et hæc negativa verior fortè est per ea quæ supra dicta sunt *ex d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* Exemplum autem de filiofam. ex *d. l. 25. §. 1 ff. de m. c. donat.* quod attinet, refertur id ab *Ant. Fabr. d. err. 10.* ad eam donationem, quæ ex peculio profectitio de consensu patris facta est: ac proinde quæ non tam à filio mortis suæ causa, quàm à patre mortis causa filii facta esse videtur: quod pluribus prosecutus est *Dec. 43. err. 6. & 8.* Sed hæc interpretatio textui *d. l. 25. §. 1. & l. filiusfam. 7. §. paria 4. ff. de donat.* convenire non videtur, utpote cum utroq; loco non pater, sed filius consensu patris donare satis apertè proponatur. Unde tutius fortassis est, ut ad mortis causâ donationem sine testamento factam referatur, aut quando testamento non tantum simplex clausula codicillaris, sed & hoc additum est, ut tanquam mortis causa donatio valeat: quo casu si pater consenserit, & donatarius præsens fuerit, id quod relictum est tanquam m. causa donatio valebit, ut notat *Bald. ad l. senium. 3. C.*

*qui test. fac. poss. n. 4. & Schneid. ad pr. Inst. de donat. n. 9. Adde Harpr. ad §. 1. Inst. de donat. n. 40. Clar. 4. sent. §. donatio. q. 6. n. 9.*

Tertia ultimæ voluntatis species est Epistola, quâ scripturâ ad heredem vel ad alium directa interveniente & 5. testibus adhibitis aliquid relinquitur.

*l. miles. 75. l. cum pater. 76. §. donationis. 26. l. fin. pr. ff. de legat. 2. l. epistolam. 75. pr. ff. ad SCt. Trebell. l. un. §. 1. C. de lat. libert. toll. l. & in Epistola. 22. C. de fideicomm.* Differt ergo Epistola à Codicillis (1) quod epistola semper scripturam desideret, codicilli etiam sine scriptura fieri possint, *l. ult. C. de codicill. l. ait Prætor. 5. §. 1. in f. ff. de re. jud. ibiq. Gloss.* Quamvis enim differentia hæc *Giph. in d. l. ult. §. ult.* displiceat, qui & codicillos non aliter quam scriptos esse aut dici posse contendit: tamen contrarium ex allegatis textibus facilè colligitur, & supra in divisione codicillorum à nobis probatum est. (2) discrimen in eo est, quod codicilli plerumq; simpliciter, epistola non aliter, quàm ad alium, si is heres sit, sive ipse honoratus, sive quivis alius, fieri possunt, non enim quæri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. *d. l. 77. §. 16. inf. ff. de legat. 2.* Unde epistola nusquam fit sine salute, cum codicilli tam cum salute, quam sine ea fieri possint, ut notat *Giph. ad d. l. ult. §. ult.* (3) in effectu quoq; epistolam à codicillis differe putat *Giph. d. loco.* ut in codicillis maximè testamento confirmatis etiam legata rectè relinquantur, *l. libertatis. 8. pr. ff. de alim. legat. l. avia. 77. pr. ff. de condic. & demonstr. l. 2. ff. de fideicomm. libertat.* in epistola verò non nisi fideicommissa relinqui possint, tū *arg. legum supra allegatarum*, in quibus fideicomm. tantùm fit mentio: tum quod expresse epistola fideicommissaria appelletur, in *l. cum heredes. 7. C. qui test. fac. poss.* Sed vereor, ut hæc differentia jure novo, quo legata fideicom. per omnia & in omnibus exæquata esse constat, §. *sed non usq. 3. Inst.*

*Inst. de legat. l. 2. C. commun. de legat.* &c. admitti possit: maximè cum ipse fateatur etiam codicillos initio propter fideicommissa receptos esse, *pr. Inst. de codicill.* quibus & legata rectè relinqui ex textibus supra allegatis ostenditur. Deniq; *Ald. Manut.* differentiam in eo quoq; ponit, quod codicilli in cera, epistola in charta scriberetur. Verùm eam tanquam justo destitutam fundamento rectè in medio relinquit. *Giph. d. loco.*

Quarta Species est m. causæ donatio, qua mortis vel periculi alicujus intuitu res aliqua in præsentem vel acceptantem coram 5. testibus confertur.

*§. 1. Inst. de donat. l. inter 38. ff. de m. causa donationibus &c. l. ult. C. eod. t.* Olim dubitatum inter JCtos fuit, an mortis causa donatio ad contractus, an ad ultimas voluntates pertineret, *d. l. ult. C. h. t. & §. 1. Inst. de donat.* frustrà hæsitante *Bach. add. §. 1.* quippe *Imp.* potius hac in re, quam *Bach.* habenda fides est: Hodiè verò à Justin. ad ultimas voluntates relata, & ad exemplum legatorum ferè per omnia redacta est, *d. l. ult. C. h. t. & d. §. 1. Inst. de donat.* ita ut mirari liceat, nihilominus controversiam inter Dd. remansisse, & quosdam simpliciter contractibus; alios magis ultimis voluntatibus eam annumerasse, teste *Jul. Clar. 4. Sent. §. donatio. q. 5. n. 1.* Ipse distinguit, ut quoad modum & ordinationem, scilicet dum in esse deducitur, contractui, sed postquam in esse deducta est, quoad & effectum & efficaciam ultimæ voluntati accensenda sit, *secutus Gloss. in l. 2. pr. verb. legatum. ff. de dote prælег. & Dd. comm. teste Jas. in l. scnium. 3. C. qui test. fac. poss n. 8. inf.* de qua distinctione quid habendum infra videbimus. Illud hîc tenendum mortis causa donationem eam demum esse, quæ fit mortalitatis cogitatione, *l. 2. ff. h. t.* Sive in infirma valetudine, vel imminente mortis periculo jam constitutus sit, sive aliàs futurum & contingens aliquod periculum, fortè navigationis, itineris per insidiosa loca, vel

 simile

simili metuat. *l. 3. 4. 5. 6. ff. d. t.* Modò mortis mentio expressè adjecta sit. Nam aliàs licet in extremis vitæ constitutus quis donaverit, in dubio inter vivos potius quam mortis causæ donatio præsumitur, & non tam mortis causa, quam moriens donasse intelligitur. *l. Seja. 42. in f. ff. h. t. Azo in summ. C. h. t. n. 2. Clar. d. §. donatio. q. 4. n. 3. Schneid. ad d. §. 1. Inst. de donat. n. 2. Bald. in d. l. in f. C. h. t. & Dd. comm.* Secus quam visum *Ant. de Butr. in c. 2. extra de consuetud.* Nisi fortè in testamento aut codicillis donatio facta sit, vel aliàs ex conjecturis non vanis mortis causa, non inter vivos quem donare voluisse appareat; quo casu etiamsi expressa mortis mentio facta non fuerit, tamen mortis causa donationem esse contendit, *Clar. d. n. 3. in f. Joh. Fab. & Schneid. ad d. §. 1. de donat.* Præterea nec quævis mortis mentio statim donationem mortis causa inducit, sed ita demum, si causa donationis impulsiva & & movens fuerit. *d. l. 2. ff. h. t.* Sive in tempus mortis apertè collata, ut monet *Clar. d. q. 4. n. 4. Mascard. de probat. vol. 1. concl. 561. n. 42. & Dd. comm.* Nam si mentio mortis dilationis potius causa & ad demonstrandam executionem, quam dispositionem & donationem faciendam facta sit, (puta dono tibi 100. post mortem meam solvenda) donationem inter vivos esse verius est, *Jas. in l. qua dotis. 33. Harpr. ad d. §. 1. n. 4. Fach. 5. contr. 22.* Adde *Argentorat. vol. 2. cons. 2. n. 36. & 37. cons. 13. n. 4.* Idem esse volunt, si mortis quidem mentio facta, sed clausula de non revocanda ea adjecta fuerit, per textum *in l. ubi ita 27. ff. h. t.* Nam cum clausula hæc contra substantiam mortis causa donationis esse videatur, inter vivos donationem contrahere voluisse dicendum est. *Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 4. & Dd. comm. teste Clar. d. q 4. n. f.* Fachin. 5. 23. Adde *Harpr. ad d. §. 1. n. 3. de donat. & Argentorat, d. cons. 2. n. 16.* Quæ opinio quoad effectum omninò recipienda est per *d. l. 27.* quam de effectu loqui, satis manifestè constat: quoad formam verò nihilominus mortis causa donationem esse, nec in donationem inter vivos transire, verius videtur per textum *in l. si alienam. 13. in f. & l. Senatus 36. §. mortis causa. 4. in f. ff. h. t. N. 87. c. 1.* Nec movet quod clausula ista mortis causa donationis substantiam evertat, adeoq; cum ea subsistere non possit, *arg. l. quod si 10. ff. de reb. credit.*

quoniam respondeři potest, imò clausulam istam non substantiam mortis causâ donationis, quæ in sola mortalitatis cogitatione consistit *d. l. 2. & seq. aliquot. ff. h. t.* Sed naturam tantum ejus offendere, & conseq. licet ejusmodi donatio notissimos mortis causa donationis terminos excedat, *arg. l. Lucius. 24. & l. 26. ff. deposit.* mortis causa donationem nihilominus esse per *textum in d. N. 107. c. 1.* quem frustra in dubium vocat *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 19. th. ult. lit. A.* cum Justiniani procul dubio sit, licet in vulgata editione non extet, sed à recentioribus demum inserta fuerit. Hinc si fortè ejusmodi donatio 500. solidos excedat, eam insinuatione opus non habere, si modò 5. testes adfuerint, dicemus *arg. d. l. ult. C. h. t. cum Paul. Bus. ad l. 1. §. 1. ff. h. t.* Minus obstat, quod hominis voluntas ambulatoria sit usq; ad extremum vitæ halitum, *l. 4. ff. de adim. vel transf. leg.* nec quisquam sibi hanc legem dicere valeat, ut à priori voluntate recedere non liceat, *l. si quis. 22. pr. ff. de legat. 3.* Respondetur enim d. reg. in mortis causa donatione fallere, in quâ cum res inter duos agatur, (donantem & donatarium) pactum quoq; istud adjectum omninò servandum, & fatendum erit, hactenus naturam ejus alteratam, adeoq; mortis causa donationem irregularem effectam esse, *arg. d. l. 24. & 26. ff. depos.* Adde *Coras. & Giph. ad d. l 27. ff. h. t. Ant. Fabr. Dec. 45. err. 1. & Bach. ad d. th. ult. lit. A.* Nihil autem referre videtur, utrum mortis causa donatione propriæ, an alienæ mortis causa fiat, per *l. 3. C. h. t. l. mortis causa. 18. pr. ff. h. t. Azo in summ. n. 2. Bach. ad Treutl. d. D. th. ult. lit. A.* Nam quod *Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 9.* mortis causa capionem hoc casu esse putat, per textus ab eodem allegatos satis non probatur, sed potius ex iis colligitur, mortis causâ capionis appellationem generalem esse, & mortis causa quoq; donationem comprehendere, *l. 8. d. l. 18. pr. l. mortis. 31. §. 2. in f. ff. h. t.* quamvis alias specialius hoc verbo sumto, ab ea differre expeditũ sit, *l. inter. 38. ff. d. t. Adde Giph. ad d. l. 8. n. 6. 7. & d. l. 31. n. 2. & 3.* Objectum sive materia sunt res omnes, sive propriæ, sive alienæ, hactenus videlicet, ut usucapio locum habere possit, *l. si alienam. 13. pr. ff. h. t. l. qui alienam. 13. ff. eod.* sive singulæ sint, sive universæ: nam & universorum bonorum donationem valere verius est, *arg.*

 *l. 2.*

*l. 2. C. de inoff. donat. l. si unquam. 8. C. de revocand. donat.* Forma præter mortalitatis cogitationem, etiam in eo consistit, quod donatio hæc inter præsentes expediri debeat, *d. l. 38. ff. h. t.* vel saltem donatario per alium acceptante, *l. sed interim. 11. §. 2. de donat. int. vir. & uxor.* & præterea 5. testes adhibendi sint, *d. l. ult. C. h. t.* quos in quavis ultima voluntate, testamento excepto, adhibendos esse constat ex *l. ult. C. de codicill. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* An autem, quando donatio hæc 500. excedit solidos, insinuatio necessaria sit, infra videbimus.

## Donare mortis causa possunt omnes ii, qui testari, & quidem omnibus iis, qui ex testamento alieno capere possunt.

*l. Marcellus. 16. ff. h. t. l. cum hic. 32. §. similes. 8. inf. ff. de donat. inter vir. & ux. l. omnibus. 9. ff. d. t.* Hinc quoad prius inferendum videtur, minorem 25. annis licet curatorem habentem, uti testari, *l. 5. ff. l. 4. C. qui test. fac. poss.* ita mortis quoq; causa donare posse, *arg. d. l. 32. §. 8. inf. ff. h. t.* Nec obstat quod hæc donatio ratione personæ & formæ similior sit contractibus, quàm ultimis voluntatibus, adeoq; istorum quoq; jure regulari debeat *Tiraquell. post ll. Connub. Gloss. 5. n. 83.* Quamvis dubitanter potius quam concludenter id proponere videatur. Respondetur enim non quidem & ex contractu minorem sine consensu curatoris sui obligari secundum *l. puberes. 105. ff. de V. O.* id enim ita simpliciter prolatum juri nostro non satis convenire videtur, per ea quæ ad *l. obligati. 43. ff. de O. & A.* à nobis dicta sunt. Sed potius quod assertio ista absolutè posita recipi haut possit, ut infra ostendemus; maximè cum propter revocationem licitam, ad ultimas voluntates utiq; propius accedere, & conseq. administrationem bonorum, quæ curatori commissa est, concernere non videatur. Adde *Fachin. 5. contr. 61. & Harpr. add. §. 1. de donat. n. 43. & duobus seqq. Andr. Rauch. p. 1. q. 32. n. 84.* Alii distingunt, ut per stipulationem

vel

vel pactionem, in primis si exactio in tempus mortis differatur, minor rectè donare possit: non per traditionem, ut dominium transferatur, *l. 2. ff. h. t.* cum traditio ad bonorum administrationem curatori commissam pertineat *Ant. Fab. Dec. 46. err. 9. Bach. ad d. th. ult. lit. B.* Verùm cum mortis causa donatio perfecta non sit, antequam mors insequatur, *l. non videtur. 32. ff. h. t.* adeoq; à donante semper revocari possit, *d. §. 1. Inst. de donat. l. mortis. 16. l. qui mortis. 30. ff. h. t.* ad bonorum administrationem pertinere, aut vera alienatio esse non videtur; & conseq. quamvis mortis causa donationem à minore factam validam esse: nisi fortè pactum de non revocando adjectum sit, quo casu non valere sine tutoris consensu fortè verius est *per l. 3. C. de in integr. restit. minor.* Ex eodem principio & fundamento & illa decidenda quæstio est, an mulier quæ ex statuto sine consensu duorum propinquorum contrahere nequit, mortis saltem causa donare possit? Quamvis enim *Petr. de Anchoran. cons. 385. & alii allegati à Tiraq. d. Gloss. 5. n. 75.* negativam probare conentur: tamen affirmativa verior est, quoniam mortis causa donatio ultimæ voluntati æquiparetur, *d. l. ult. C. h. t.* quam mulierem condere posse expeditum est: non obstante statuto isto, quod de contractibus propriè dictis procul dubio accipiendum est, ad quos mortis causa donationem referri non posse constat *Fachin. d. lib. 5. c. 60. Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 67. & seqq. aliquot.* Idem dicendum jure Saxon. ut eo quoq; mulier, licet alienare sine curatore prohibeatur, donare tamen mortis causa possit; frustra dissentiente *Wesemb. in π. ff. h. t. n. 4.* cum jus quoq; Saxonicum de contractibus propriè dictis, sive de iis negotiis loquatur, ex quibus mulieres efficaciter obligantur, quale mortis causæ donationem non esse, extra dubium est. *Const. Elect. 15. p. 2. ibiq; Bened. Carpz. def. 10. Adde Andr. Rauchb. p. 1. q. 32.* Sed & contraria negativè concepta regula rectè se habet, ut cui testamentifactio concessa non est, eidem nec mortis causa donatio permittenda sit, *l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rat. distrah.* Unde dicendum videtur, cum *jure Canon.* usurario manifesto ante præstitam cautionem de restituendis usuris, denegata sit testamentifactio, *c. quanquam ult. de usur. in 6.* & mortis causa donationem eidem denegandam esse, ne aliàs

fraus

& conseq. posthumus fideicomm. præstare teneatur, *l. si quis. 3. §. 1. & l. conficiuntur. 8. §. si post 3 ff. h. t.* tum per *textum in l. generali. 24. §. ex testamento. 11. ff. de fideicomm. libert.* tum deniq; quod testator clausulam codicillarem adjiciendo saltem in genere de posthumo cogitasse censendus sit, *arg. d. l. 7. ff. de test. milit. Bald. ad d. Auth. ex causa. C. de lib. prater. n. 11. & Dd. comm. teste Alex. vol. 3. cons. 30. n. 1.* relatô à *Gail. 2. obs. 114. n. 6.* Limitatur tamen ista opinio, ut non procedat, quando erronea opinio non habendi posthumum causam finalem dederit fideicommisso, *arg. d. l. 10. C. de test. milit. & d. l. 28. ff. de inoff. test. Bald. ad d. l. ult. n. 20. C. de codicillis.* Verum *Bart. ad l. 1. n. 10. ff. h. t.* negativam probat, videlicet hoc casu clausulam codicillarem nihil operari: (1) *arg. l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* ubi donatio inter vivos propter liberos postea natos revocatur: Ergo multò magis fideicomm. quod clausula codicillari continetur, *arg. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicomm.* Sed *d. l. 8. C. de revoc. donat.* specialem casum continet, ubi à patrono universa bona vel etiam pars bonorum liberto donata sunt, quem textum adeò Dd. frustrà ad quemvis donatorem & donatarium porrigunt, ut monet *Giph. ad d. l. 8. ibiq; Donell. & 14. comm. 10. n. 3. Hotom. 1. amic. resp. 12. & Coras. 7. misc. 30.* qui videri possunt. (2) quoniam & militis testamentum posthumi ignoranter præteriti nativitate rumpatur. *d. l. 10. C. de test. milit.* Ergò multo magis hæc clausula codicillaris, quam militari privilegio non gaudere expeditum est. (3) quoniam leg ta non debentur à posthumo ignoranter præterito, ubi alius heres institutus est, & is coheres efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitavit, *d. l. 11. & l. pen. ff. h. t. arg. l. cum pater. 77. & cum existimaret. 29. ff. de leg. 2.* Neq; infringit hoc fundamentum, quod *Ant. Fab. Dec. 20. err. 7.* (qui & ipse priorem opinionem sequitur) excipit, in *dd. legibus* codicillos ad certam personam (filii videlicet vel filiæ) scriptos fuisse: aliud autem dicendum, quando codicilli indefinitè scripti sunt, *arg. d. l. 25. §. 11. ff. de fideicomm. libert.* Nam non hæc est in *dd. textibus* decidendi ratio, sed ea potius, quod testator posthumum sibi nasciturum ignorabat, quem si scivisset, verosimiliter fideicommisso gravaturus non fuisset, *arg. cum avus. 102. ff. de condic. & demonstr.*

cum

cum nemo alienas successiones propriis anteponere voluisse censendus sit, *d. l. 30. in f. C. de fideicomm.* Et hanc *Bart.* opinionem sequitur etiam *Jason. in d. Auth. ex causa. C. de liber. praeter. n. 4. & 24. Geil. d. obs. 114. n. 9. & seqq. Paul. Bus. ad l. qui gravi. 11. ff. de jur. codicill. n. 6. & 7. Fachin. d. lib. 4. c. 12. & Bach. ad d. th. 10. lit. G.* Nec offendunt hanc sententiam, quæ supra in contrarium allata sunt. Nam ad *d. l. ult. C. h. t.* responsio patet ex iis quæ supra dicta sunt, videlicet *textum d. l.* non de præteritione aut exheredatione injusta, sed omissione aliarum solennitatum loqui, quarum defectum clausulam codicillarem hactenus explere expeditum est, ut testamentum saltem in vim codicillorum & jure fideicomm. sustineatur, *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss. cum simil.* Secundum fundamentum procedit in codicillis ab intestato factis, quos per nativitatem posthumi non rumpi expeditum est, per *d. l. 3. §. 1. & l. 8. §. 3. ff. h. t.* quamvis posterior hic textus etiam de legatis, adeoq; particularibus relictis, non de heredis institutione loquatur, ut rectè monet *Bus. ad d. l. 11. n. 9. ff. h. t.* at eos, qui ad testamentum pertinent, rupto posthumi agnatione testamento, non valere in dubium non venit: nisi fortè post ruptum testamentum iterū confirmati fuerint. *d. l. 1. C. d. t.* Tertium *ex d. l. 24. §. 11. ff. de fideicomm. libertatibus* petitum hanc ad rem parum facit; cum in *d. textu* non de heredis institutione, sed de libertate directa & fideicomm. satis apertè agatur. *Bus. d. locc. Fach. d. c. 12.* Nec admitti potest, quod testatorem saltem in genere de posthumo cogitasse contendunt. Nam si ne in militis quidem dispositionibus præsumtio ista aliter locum habet, quàm si de animo ejus constet, quod quemcunq; qui sibi natus fuerit, exheredem esse voluerit, *d. l. 7. ff. de test. milit. & l. 10. C. eod.* multò minus ea in paganorum testamentis sine textu recipienda erit. Sed quid si posthumus vivo patre natus sit. & pater cum testamentum mutare posset, id non fecerit? Et hoc casu etiam posthumo scienter præterito clausulam codicillarem effectum suum obtinere volunt, quasi testator in voluntate suâ perseverasse censendus sit, *arg. l. 6. §. dat. remissionem. 17. ff. de excus. tut. l. 3. C. de inoff. test. Bach. ad d. th. 10. lit. G. & Dd. comm. teste Dec. cons. 490. n. 7. & 8.* Verum contrarium juri magis convenire videtur, cum

&

& hoc casu testamentum unà cum clausula codicillari semel ruptum sit, adeoq; ex præsumta ista voluntate reviviscere haut possit: quippe voluntas testatoris agnatione posthumi rupta, adeoq; nulla, *l. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. test. l. 1. ff. de suis & legit.* nudâ eâq; præsumtâ & conjecturatâ tantũ voluntate cõfirmari vix potest, *arg. d. l. 1. C. h. t. Bus. ad d. l. 11. n. 12. ff. h. t. nostro. Fach. d. lib. 4. cõtr. 13.* Nos distinctione inter sciẽter & ignoranter præteritũ posthabita, nativitate posthumi testamentũ omninò rũpi, nec virtute codicillaris clausulæ sustineri putamus, per ea quæ supra de liberis præteritis, vel non ut oportet, exheredatis à nobis dicta sunt. Nisi fortè de civili agnatione sermo sit; quo casu (si post testamentum conditum sibi filium adoptaverit, vel arrogaverit) cum æquè ac si posthumus natus fuerit, testamentum rumpi constet, *pr. Inst. quib. mod. test. infirm.* quæstioni præced. locus esse poterit, & dubitari, an si pater testamentum ita ruptum non mutaverit, in eadem voluntate perseverasse, adeoq; testamentum saltem in vim codicillorum confirmasse censendus sit. Quod magis est, ut ipsum quoq; falsum videatur, cum voluntatem semel ruptam legitimo modo non confirmaverit, *arg. d. l. 1. C. h. t.* Deniq; limitatur, ut procedat in clausula codicillari simplici, non in clausula omni meliori modo: cujus majorem, adeoq; etiam hanc efficaciam esse existimant, ut testamentum imperfectum non tantum in vim codicillorum, sed etiam testamenti perfecti sustineat, *arg. eorum, quæ habet Bald. in l. quoties. 13. n. 3. C. de heredib. instit.* Verùm hoc recipiendum non est, tum quod harum clausularum eadem videatur ratio & efficacia per textum satis clarum *in d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* tum quod testamentum & heredis institutio non à clausulis, aut voluntate defuncti, sed à jure publico dependeat, *l. 3. & 4. ff. d. t.* nemo autem efficere possit, ut leges in testamento suo locum habere nequeant, *l. nemo. 55. ff. de leg. 1. Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* Unde nec *Ant. Fabr.* probanda videtur opinio, quod clausula hæc omni meliori modo &c. id tantùm adeoq; minus, quàm codicillaris, operetur, ut si testamentum valere non possit jure militari, aut ex alio privilegio, fortassis testamenti inter liberos aut ruri, aut pestis tempore facti, *arg. l. 3. ff. de test. milit. d. D. 69. err. 10.* Nam clausula hæc à co-

dicil-

dicillari revera diversa non est per textum in *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* & aliàs etiam sine istius clausulæ adjectione in dubio testator tutissimum testandi genus elegisse creditur, *arg. d. l. 3. ff. de test. milit.* Illud videndum, an saltem in eo majoris sit hujus clausulæ vis, ut testamentum in mortis causâ donationem convertat, ut si jure testamenti dispositio valere nequeat, ab intestato in vim mortis causæ donationis subsistat, si videlicet cætera, quæ ad mortis causæ denominationem requiruntur, puta 5. testes & donatarii præsentia, adsint? Et affirmativam *post Dd.* probat *Ant. Fab. Dec. 20. err. 5. in fin.* qui postmodum *d. D. 69. err. 10.* eandem improbare videtur, tum quod explicari satis nequeat, quomodo fieri possit, ut jure donationis mortis causa valeat voluntas illa, quæ jure codicillorum valere nequit: tum quod exemplum, quo *Dd. vulgo* utuntur, in filiofam. consensu patris mortis causa donante ex *l. tam is. 25. §. 1. ff. de m. causa donat.* &c. quasi ejus dispositio, quæ nec testamenti, *l. qui in potestate. 26. pr. ff. qui test. fac. poss.* nec codicillorum jure valere potest, *l. 6. §. pen. ff. de jure codicillor.* vigore dictæ clausulæ tanquam mortis causa donatio sustineatur, *arg. d. l. 25. §. 1. ff. de m. causa donat.* satis conveniens non videatur. Et hæc negativa verior fortè est per ea quæ supra dicta sunt *ex d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* Exemplum autem de filiofam. ex *d. l. 25. §. 1 ff. de m. c. donat.* quod attinet, refertur id ab *Ant. Fabr. d. err. 10.* ad eam donationem, quæ ex peculio profectitio de consensu patris facta est: ac proinde quæ non tam à filio mortis suæ causa, quàm à patre mortis causa filii facta esse videtur: quod pluribus prosecutus est *Dec. 43. err. 6. & 8.* Sed hæc interpretatio textui *d. l. 25. §. 1. & l. filiusfam. 7. §. paria 4. ff. de donat.* convenire non videtur, utpote cum utroq; loco non pater, sed filius consensu patris donare satis apertè proponatur. Unde tutius fortassis est, ut ad mortis causâ donationem sine testamento factam referatur, aut quando testamento non tantum simplex clausula codicillaris, sed & hoc additum est, ut tanquam mortis causa donatio valeat: quo casu si pater consenserit, & donatarius præsens fuerit, id quod relictum est tanquam m. causa donatio valebit, ut notat *Bald. ad l. senium. 3. C.*

*qui test. fac. poss. n. 4. & Schneid. ad pr. Inst. de donat. n. 9. Adde Harpr. ad §. 1. Inst. de donat. n. 40. Clar. 4. sent. §. donatio. q. 6. n. 9.*

Tertia ultimæ voluntatis species est Epistola, quâ scripturâ ad heredem vel ad alium directa interveniente & 5. testibus adhibitis aliquid relinquitur.

*l. miles. 75. l. cum pater. 76. §. donationis. 26. l. fin. pr. ff. de legat. 2. l. epistolam. 75. pr. ff. ad SCt. Trebell. l. un. §. 1. C. de lat. libert. toll. l. & in Epistola. 22. C. de fideicomm.* Differt ergo Epistola à Codicillis (1) quod epistola semper scripturam desideret, codicilli etiam sine scriptura fieri possint, *l. ult. C. de codicill. l. ait Prætor. 5. §. 1. in f. ff. de re. jud. ibiq. Gloss.* Quamvis enim differentia hæc *Giph. in d. l. ult. §. ult.* displiceat, qui & codicillos non aliter quam scriptos esse aut dici posse contendit: tamen contrarium ex allegatis textibus facilè colligitur, & supra in divisione codicillorum à nobis probatum est. (2) discrimen in eo est, quod codicilli plerumq; simpliciter, epistola non aliter, quàm ad alium, si is heres sit, sive ipse honoratus, sive quivis alius, fieri possunt, non enim quæri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. *d. l. 77. §. 16. inf. ff. de legat. 2.* Unde epistola nusquam fit sine salute, cum codicilli tam cum salute, quam sine ea fieri possint, ut notat *Giph. ad d. l. ult. §. ult.* (3) in effectu quoq; epistolam à codicillis differe putat *Giph. d. loco.* ut in codicillis maximè testamento confirmatis etiam legata rectè relinquantur, *l. libertatis. 8. pr. ff. de alim. legat. l. avia. 77. pr. ff. de condic. & demonstr. l. 2. ff. de fideicomm. libertat.* in epistola verò non nisi fideicommissa relinqui possint, tũ *arg. legum supra allegatarum*, in quibus fideicomm. tantùm fit mentio: tum quod expresse epistola fideicommissaria appelletur, in *l. cum heredes. 7. C. qui test. fac. poss.* Sed vereor, ut hæc differentia jure novo, quo legata fideicom. per omnia & in omnibus exæquata esse constat, §. *sed non usq; 3. Inst.*

*Inst. de legat. l. 2. C. commun. de legat.* &c. admitti possit: maximè cum ipse fateatur etiam codicillos initio propter fideicommissa receptos esse, *pr. Inst. de codicill.* quibus & legata rectè relinqui ex textibus supra allegatis ostenditur. Deniq; *Ald. Manut.* differentiam in eo quoq; ponit, quod codicilli in cera, epistola in charta scriberetur. Verùm eam tanquam justo destitutam fundamento rectè in medio relinquit. *Giph. d. loco.*

Quarta Species est m. causæ donatio, qua mortis vel periculi alicujus intuitu res aliqua in præsentem vel acceptantem coram 5. testibus confertur.

§. 1. *Inst. de donat. l. inter 38. ff. de m. causa donationibus &c. l. ult. C. eod. t.* Olim dubitatum inter JCtos fuit, an mortis causa donatio ad contractus, an ad ultimas voluntates pertineret, *d. l. ult. C. h. t. & §. 1. Inst. de donat.* frustrà hæsitante *Bach. ad d. §. 1.* quippe *Imp.* potius hac in re, quam *Bach.* habenda fides est: Hodiè verò à Justin. ad ultimas voluntates relata, & ad exemplum legatorum ferè per omnia redacta est, *d. l. ult. C. h. t. & d. §. 1. Inst. de donat.* ita ut mirari liceat, nihilominus controversiam inter Dd. remansisse, & quosdam simpliciter contractibus; alios magis ultimis voluntatibus eam annumerasse, teste *Jul. Clar. 4. Sent. §. donatio. q. 5. n. 1.* Ipse distinguit, ut quoad modum & ordinationem, scilicet dum in esse deducitur, contractui, sed postquam in esse deducta est, quoad & effectum & efficaciam ultimæ voluntati accensenda sit, *secutus Gloss. in l. 2. pr. verb. legatum. ff. de dote præleg. & Dd. comm. teste Jas. in l. senium. 3. C. qui test. fac. poss. n. 8. inf.* de qua distinctione quid habendum infra videbimus. Illud hic tenendum mortis causa donationem eam demum esse, quæ fit mortalitatis cogitatione, *l. 2. ff. h. t.* Sive in infirma valetudine, vel imminente mortis periculo jam constitutus sit, sive aliàs futurum & contingens aliquod periculum, fortè navigationis, itineris per insidiosa loca, vel

simili metuat. *l. 3. 4. 5. 6. ff. d. t.* Modò mortis mentio expressè adjecta sit. Nam aliàs licet in extremis vitæ constitutus quis donaverit, in dubio inter viv s potius quam mortis causæ donatio præsumitur, & non tam mortis causa, quam moriens donasse intelligitur. *l. Seja. 42. in f. ff. h. t. Azo in summ. C. h. t. n. 2. Clar. d. §. donatio. q. 4. n. 3. Schneid. add. §. 1. Inst. de donat. n. 2. Bald. in d. l. in f. C. h. t. & Dd. comm.* Secus quam visum *Ant. de Butr. in c. 2. extra de consuetud.* Nisi fortè in testamento aut codicillis donatio facta sit, vel aliàs ex conjecturis non vanis mortis causa, non inter vivos quem donare voluisse appareat; quo casu etiamsi expressa mortis mentio facta non fuerit, tamen mortis causa donationem esse contendit, *Clar. d. n. 3. in f. Joh. Fab. & Schneid. ad d. §. 1. de donat.* Præterea nec quævis mortis mentio statim donationem mortis causa inducit, sed ita demum, si causa donationis impulsiva & & movens fuerit. *d. l. 2. ff. h. t.* Sive in tempus mortis apertè collata, ut monet *Clar. d. q. 4. n. 4. Mascard. de probat. vol. 1. concl. 561. n. 42. & Dd. comm.* Nam si mentio mortis dilationis potius causa & ad demonstrandam executionem, quam dispositionem & donationem faciendam facta sit, (puta dono tibi 100. post mortem meam solvenda) donationem inter vivos esse verius est, *Jas. in l. quæ dotis. 33. Harpr. ad d. §. 1. n. 4. Fach. 5. contr. 22.* Adde *Argentorat. vol. 2. cons. 2. n. 36. & 37. cons. 13. n. 4.* Idem esse volunt, si mortis quidem mentio facta, sed clausula de non revocanda ea adjecta fuerit, per textum *in l. ubi ita 27. ff. h. t.* Nam cum clausula hæc contra substantiam mortis causa donationis esse videatur, inter vivos donationem contrahere voluisse dicendum est. *Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 4. & Dd. comm. teste Clar. d. q. 4. n. f.* Fachin. 5. 23. Adde *Harpr. ad d. §. 1. n. 3. de donat. & Argentorat. d. cons. 2. n. 16.* Quæ opinio quoad effectum omninò recipienda est per *d. l. 27.* quam de effectu loqui, satis manifestè constat: quoad formam verò nihilominus mortis causa donationem esse, nec in donationem inter vivos transire, verius videtur per textum *in l. si alienam. 13. in f. & l. Senatus 36. §. mortis causa. 4. in f. ff. h. t. N. 87. c. 1.* Nec movet quod clausula ista mortis causa donationis substantiam evertat, adeoq; cum ea subsistere non possit, *arg. l. quod si 10. ff. de reb. credit.*

quo-

quoniam respondeti potest, imò clausulam istam non substantiam mortis causa donationis, quæ in sola mortalitatis cogitatione consistit *d. l. 2. & seq. aliquot. ff. h. t.* Sed naturam tantum ejus offendere, & conseq. licet ejusmodi donatio notissimos mortis causa donationis terminos excedat, *arg. l. Lucius. 24. & l. 26. ff. deposit.* mortis causa donationem nihilominus esse per *textum in d. N. 107. c. 1.* quem frustra in dubium vocat *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 19. th. ult. lit. A.* cum Justiniani procul dubio sit, licet in vulgata editione non extet, sed à recentioribus demum inserta fuerit. Hinc si fortè ejusmodi donatio 500. solidos excedat, eam insinuatione opus non habere, si modò 5. testes adfuerint, dicemus *arg. d. l. ult. C. h. t. cum Paul. Bus. ad l. 1. §. 1. ff. h. t.* Minus obstat, quod hominis voluntas ambulatoria sit usq; ad extremum vitæ halitum, *l. 4. ff. de adim. vel transf. leg.* nec quisquam sibi hanc legem dicere valeat, ut à priori voluntate recedere non liceat, *l. si quis. 22. pr. ff. de legat. 3.* Respondetur enim d. reg. in mortis causa donatione fallere, in quâ cum res inter duos agatur, (donantem & donatarium) pactum quoq; istud adjectum omninò servandum, & fatendum erit, hactenus naturam ejus alteratam, adeoq; mortis causa donationem irregularem effectam esse, *arg. d. l. 24. & 26. ff. depos.* Adde *Coras. & Giph. ad d. l 27. ff. h. t. Ant. Fabr. Dec. 45. err. 1. & Bach. ad d. th. ult. lit. A.* Nihil autem referre videtur, utrum mortis causa donatione propriæ, an alienæ mortis causa fiat, per *l. 3. C. h. t. l. mortis causa. 18. pr. ff. h. t. Azo in summ. n. 2. Bach. ad Treutl. d. D. th. ult. lit. A.* Nam quod *Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 9.* mortis causa capionem hoc casu esse putat, per textus ab eodem allegatos satis non probatur, sed potius ex iis colligitur, mortis causa capionis appellationem generalem esse, & mortis causa quoq; donationem comprehendere, *l. 8. d. l. 18. pr. l. mortis. 31. §. 2. in f. ff. h. t.* quamvis alias specialius hoc verbo sumto, ab ea differre expeditũ sit, *l. inter. 38. ff. d. t. Adde Giph. ad d. l. 8. n. 6. 7. & d. l. 31. n. 2. & 3.* Objectum sive materia sunt res omnes, sive propriæ, sive alienæ, hactenus videlicet, ut usucapio locum habere possit, *l. si alienam. 13. pr. ff. h. t. l. qui alienam. 13. ff. eod.* sive singulæ sint, sive universæ: nam & universorum bonorum donationem valere verius est, *arg.*

*l. 2. C. de inoff. donat. l. si unquam. 8. C. de revocand. donat.* Forma præter mortalitatis cogitationem, etiam in eo consistit, quod donatio hæc inter præsentes expediri debeat, *d. l. 38. ff. h. t.* vel saltem donatario per alium acceptante, *l. sed interim. 11. §. 2. de donat. int. vir. & uxor.* & præterea 5. testes adhibendi sint, *d. l. ult. C. h. t.* quos in quavis ultima voluntate, testamento excepto, adhibendos esse constat ex *l. ult. C. de codicill. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* An autem, quando donatio hæc 500. excedit solidos, insinuatio necessaria sit, infra videbimus.

## Donare mortis causa possunt omnes ii, qui testari, & quidem omnibus iis, qui ex testamento alieno capere possunt.

*l. Marcellus. 16. ff. h. t. l. cum hic. 32. §. similes. 8. inf. ff. de donat. inter vir. & ux. l. omnibus. 9. ff. d. t.* Hinc quoad prius inferendum videtur, minorem 25. annis licet curatorem habentem, uti testari, *l. 5. ff. l. 4. C. qui test. fac. poss.* ita mortis quoq; causa donare posse, *arg. d. l. 32. §. 8. inf. ff. h. t.* Nec obstat quod hæc donatio ratione personæ & formæ similior sit contractibus, quàm ultimis voluntatibus, adeoq; istorum quoq; jure regulari debeat *Tiraquell. post ll. Connub. Gloss. 5. n. 83.* Quamvis dubitanter potius quam concludenter id proponere videatur. Respondetur enim non quidem & ex contractu minorem sine consensu curatoris sui obligari secundum *l. puberes. 105. ff. de V. O.* id enim ita simpliciter prolatum juri nostro non satis convenire videtur, per ea quæ ad *l. obligati. 43. ff. de O. & A.* à nobis dicta sunt. Sed potius quod assertio ista absolutè posita recipi haut possit, ut infra ostendemus; maximè cum propter revocationem licitam, ad ultimas voluntates utiq; propius accedere, & conseq. administrationem bonorum, quæ curatori commissa est, concernere non videatur. Adde *Fachin. 5. contr. 61. & Harpr. add. §. 1. de donat. n. 43. & duobus seqq. Andr. Rauch. p. 1. q. 32. n. 84.* Alii distingunt, ut per stipulationem vel

vel pactionem, imprimis si exactio in tempus mortis differatur, minor rectè donare possit: non per traditionem, ut dominium transferatur, *l. 2. ff. h. t.* cum traditio ad bonorum administrationem curatori commissam pertineat *Ant. Fab. Dec. 46. err. 9. Bach. ad d. th. ult. lit. B.* Verùm cum mortis causa donatio perfecta non sit, antequam mors insequatur, *l. non videtur. 32. ff. h. t.* adeoq; à donante semper revocari possit, *d. §. 1. Inst. de donat. l. mortis. 16. l. qui mortis. 30. ff. h. t.* ad bonorum administrationem pertinere, aut vera alienatio esse non videtur; & conseq. quamvis mortis causa donationem à minore factam validam esse: nisi fortè pactum de non revocando adjectum sit, quo casu non valere sine tutoris consensu fortè verius est *per l. 3. C. de in integr. restit. minor.* Ex eodem principio & fundamento & illa decidenda quæstio est, an mulier quæ ex statuto sine consensu duorum propinquorum contrahere nequit, mortis saltem causa donare possit? Quamvis enim *Petr. de Anchoran. cons. 385. & alii allegati à Tiraq. d. Gloss. 5. n. 75.* negativam probare conentur; tamen affirmativa verior est, quoniam mortis causa donatio ultimæ voluntati æquiparetur, *d. l. ult. C. h. t.* quam mulierem condere posse expeditum est: non obstante statuto isto, quod de contractibus propriè dictis procul dubio accipiendum est, ad quos mortis causa donationem referri non posse constat *Fachin. d. lib. 5. c. 60. Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 67. & seqq. aliquot.* Idem dicendum jure Saxon. ut eo quoq; mulier, licet alienare sine curatore prohibeatur, donare tamen mortis causa possit; frustra dissentiente *Wesemb. in pr. ff. h. t. n. 4.* cum jus quoq; Saxonicum de contractibus propriè dictis, sive de iis negotiis loquatur, ex quibus mulieres efficaciter obligantur, quale mortis causæ donationem non esse, extra dubium est. *Const. Elect. 15. p. 2. ibiq. Bened. Carpz. def. 10. Adde Andr. Rauchb. p. 1. q. 32.* Sed & contraria negativè concepta regula rectè se habet, ut cui testamentifactio concessa non est, eidem nec mortis causa donatio permittenda sit, *l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rat. distrah.* Unde dicendum videtur, cum *jure Canon.* usurario manifesto ante præstitam cautionem de restituendis usuris, denegata sit testamentifactio, *c. quanquam ult. de usur. in 6.* & mortis causa donationem eidem denegandam esse, ne aliàs

fraus

& conseq. posthumus fideicomm. præstare teneatur, *l. si quis. 3. §. 1. & l. conficiuntur. 8. §. si post 3 ff. h. t.* tum per *textum in l. generali. 24. §. ex testamento. 11. ff. de fideicomm. libert.* tum deniq; quod testator clausulam codicillarem adjiciendo saltem in genere de posthumo cogitasse censendus sit, *arg. d. l. 7. ff. de test. milit. Bald. ad d. Auth. ex causa. C. de lib. præter. n. 11. & Dd. comm. teste Alex. vol. 3. cons. 30. n. 1.* relatô à *Gail. 2. obs. 114. n. 6.* Limitatur tamen ista opinio, ut non procedat, quando erronea opinio non habendi posthumum causam finalem dederit fideicommisso, *arg. d. l. 10. C. de test. milit. & d. l. 28. ff. de inoff. test. Bald. ad d. l. ult. n. 20. C. de codicillis.* Verum *Bart. ad l. 1. n. 10. ff. h. t.* negativam probat, videlicet hoc casu clausulam codicillarem nihil operari: (1) *arg. l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* ubi donatio inter vivos propter liberos postea natos revocatur: Ergo multò magis fideicomm. quod clausula codicillari continetur, *arg. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicomm.* Sed *d. l. 8. C. de revoc. donat.* specialem casum continet, ubi à patrono universa bona vel etiam pars bonorum liberto donata sunt, quem textum adeò Dd. frustrà ad quemvis donatorem & donatarium porrigunt, ut monet *Giph. ad d. l. 8. ibiq. Donell. & 14. comm. 10. n. 3. Hotom. 1. amic. resp. 12. & Coras. 7. misc. 30.* qui videri possunt. (2) quoniam & militis testamentum posthumi ignoranter præteriti nativitate rumpatur. *d. l. 10. C. de test. milit.* Ergò multo magis hæc clausula codicillaris, quam militari privilegio non gaudere expeditum est. (3) quoniam leg ta non debentur à posthumo ignoranter præterito, ubi alius heres institutus est, & is coheres efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitavit, *d. l. 11. & l. pen. ff. h. t. arg. l. cum pater. 77. & cum existimaret. 29. ff. de leg. 2.* Neq; infringit hoc fundamentum, quod *Ant. Fab. Dec. 20 err. 7.* (qui & ipse priorem opinionem sequitur) excipit, in *dd. legibus* codicillos ad certam personam (filii videlicet vel filiæ) scriptos fuisse: aliud autem dicendum, quando codicilli indefinitè scripti sunt, *arg. d. l. 25. §. 11. ff. de fideicomm. libert.* Nam non hæc est in *dd. textibus* decidendi ratio, sed ea potius, quod testator posthumum sibi nasciturum ignorabat, quem si scivisset, verosimiliter fideicommisso gravaturus non fuisset, *arg. cum avus. 102. ff. de condic. & demonstr.*

cum

cum nemo alienas successiones propriis anteponere voluisse censendus sit, *d. l. 30. in f. C. de fideicomm.* Et hanc *Bart.* opinionem sequitur etiam *Jason. in d. Auth. ex causa. C. de liber. prater. n. 4. & 24. Geil. d. obs. 114. n. 9. & seqq. Paul. Bus. ad l. qui gravi. 11. ff. de jur. codicill. n. 6. & 7. Fachin. d. lib. 4. c. 12. & Bach. ad d. th. 10. lit. G.* Nec offendunt hanc sententiam, quæ supra in contrarium allata sunt. Nam ad *d. l. ult. C. h. t.* responsio patet ex iis quæ supra dicta sunt, videlicet *textum d. l.* non de præteritione aut exheredatione injusta, sed omissione aliarum solennitatum loqui, quarum defectum clausulam codicillarem hactenus explere expeditum est, ut testamentum saltem in vim codicillorum & jure fideicomm. sustineatur, *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss. cum simil.* Secundum fundamentum procedit in codicillis ab intestato factis, quos per nativitatem posthumi non rumpi expeditum est, per *d. l. 3. §. 1. & l. 8. §. 3. ff. h. t.* quamvis posterior hic textus etiam de legatis, adeoq; particularibus relictis, non de heredis institutione loquatur, ut rectè monet *Bus. ad d. l. 11. n. 9. ff. h. t.* at eos, qui ad testamentum pertinent, rupto posthumi agnatione testamento, non valere in dubium non venit: nisi fortè post ruptum testamentum iterũ confirmati fuerint. *d. l. 1. C. d. t.* Tertium *ex d. l. 24. §. 11. ff. de fideicomm. libertatibus* petitum hanc ad rem parum facit; cum in *d. textu* non de heredis institutione, sed de libertate directa & fideicomm. satis apertè agatur. *Bus. d. locc. Fach. d. c. 12.* Nec admitti potest, quod testatorem saltem in genere de posthumo cogitasse contendunt. Nam si ne in militis quidem dispositionibus præsumtio ista aliter locum habet, quàm si de animo ejus constet, quod quemcunq; qui sibi natus fuerit, exheredem esse voluerit, *d. l. 7. ff. de test. milit. & l. 10. C. eod.* multò minus ea in paganorum testamentis sine textu recipienda erit. Sed quid si posthumus vivo patre natus sit, & pater cum testamentum mutare posset, id non fecerit? Et hoc casu etiam posthumo scienter præterito clausulam codicillarem effectum suum obtinere volunt, quasi testator in voluntate suâ perseverasse censendus sit, *arg. l. 6. §. dat. remissionem. 17. ff. de excus. tut. l. 3. C. de inoff. test. Bach. ad d. th. 10. lit. G. & Dd. comm. teste Dec. cons. 490. n. 7. & 8.* Verum contrarium juri magis convenire videtur, cum

&

& hoc casu testamentum unà cum clausula codicillari semel ruptum sit, adeoq; ex præsumta ista voluntate reviviscere haut possit: quippe voluntas testatoris agnatione posthumi rupta, adeoq; nulla, *l. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. test. l. 1. ff. de suis & legit.* nudâ eâq; præsumtâ & conjecturatâ tantũ voluntate cõfirmari vix potest, *arg. d. l. 1. C. h. t. Bus. ad d. l. 11. n. 12. ff. h. t. nostro. Fach. d. lib. 4. cõtr. 13.* Nos distinctione inter sciẽter & ignoranter præteritã posthabita, nativitate posthumi testamentũ omninò rũpi, nec virtute codicillaris clausulæ sustineri putamus, per ea quæ supra de liberis præteritis, vel non ut oportet, exheredatis à nobis dicta sunt. Nisi fortè de civili agnatione sermo sit; quo casu (si post testamentum conditum sibi filium adoptaverit, vel arrogaverit) cum æquè ac si posthumus natus fuerit, testamentum rumpi constet, *pr. Inst. quib. mod. test. infirm.* quæstioni præced. locus esse poterit, & dubitari, an si pater testamentum ita ruptum non mutaverit, in eadem voluntate perseverasse, adeoq; testamentum saltem in vim codicillorum confirmasse censendus sit. Quod magis est, ut ipsum quoq; falsum videatur, cum voluntatem semel ruptam legitimo modo non confirmaverit, *arg. d. l. 1. C. h. t.* Deniq; limitatur, ut procedat in clausula codicillari simplici, non in clausula omni meliori modo: cujus majorem, adeoq; etiam hanc efficaciam esse existimant, ut testamentum imperfectum non tantum in vim codicillorum, sed etiam testamenti perfecti sustineat, *arg. eorum, quæ habet Bald. in l. quoties. 13. n. 3. C. de heredib. instit.* Verùm hoc recipiendum non est, tum quod harum clausularum eadem videatur ratio & efficacia per textum satis clarum *in d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* tum quod testamentum & heredis institutio non à clausulis, aut voluntate defuncti, sed à jure publico dependeat, *l. 3. & 4. ff. d. t.* nemo autem efficere possit, ut leges in testamento suo locum habere nequeant, *l. nemo. 55. ff. de leg. 1. Giph. ad d. l. ult. C. h. t.* Unde nec *Ant. Fabr.* probanda videtur opinio, quod clausula hæc omni meliori modo &c. id tantùm adeoq; minus, quàm codicillaris, operetur, ut si testamentum valere non possit jure militari, aut ex alio privilegio, fortassis testamenti inter liberos aut ruri, aut pestis tempore facti, *arg. l. 3. ff. de test. milit. d. D. 69. err. 10.* Nam clausula hæc à co-

dicil-

dicillari revera diversa non est per textum in *d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* & aliàs etiam sine istius clausulæ adjectione in dubio testator tutissimum testandi genus elegisse creditur, *arg. d. l. 3. ff. de test. milit.* Illud videndum, an saltem in eo majoris sit hujus clausulæ vis, ut testamentum in mortis causâ donationem convertat, ut si jure testamenti dispositio valere nequeat, ab intestato in vim mortis causæ donationis subsistat, si videlicet cætera, quæ ad mortis causæ denominationem requiruntur, puta 5. testes & donatarii præsentia, adsint? Et affirmativam *post Dd.* probat *Ant. Fab. Dec. 20. err. 5. in fin.* qui postmodum *d. D. 69. err. 10.* eandem improbare videtur, tum quod explicari satis nequeat, quomodo fieri possit, ut jure donationis mortis causa valeat voluntas illa, quæ jure codicillorum valere nequit: tum quod exemplum, quo *Dd. vulgo* utuntur, in filiofam. consensu patris mortis causa donante ex *l. tam is. 25. §. 1. ff. de m. causa donat.* &c. quasi ejus dispositio, quæ nec testamenti, *l. qui in potestate. 26. pr. ff. qui test. fac. poss.* nec codicillorum jure valere potest, *l. 6. §. pen. ff. de jure codicillor.* vigore dictæ clausulæ tanquam mortis causa donatio sustineatur, *arg. d. l. 25. §. 1. ff. de m. causa donat.* satis conveniens non videatur. Et hæc negativa verior fortè est per ea quæ supra dicta sunt *ex d. l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss.* Exemplum autem de filiofam. ex *d. l. 25. §. 1 ff. de m. c. donat.* quod attinet, refertur id ab *Ant. Fabr. d. err. 10.* ad eam donationem, quæ ex peculio profectitio de consensu patris facta est: ac proinde quæ non tam à filio mortis suæ causa, quàm à patre mortis causa filii facta esse videtur: quod pluribus prosecutus est *Dec. 43. err. 6. & 8.* Sed hæc interpretatio textui *d. l. 25. §. 1. & l. filiusfam. 7. §. paria 4. ff. de donat.* convenire non videtur, utpote cum utroq; loco non pater, sed filius consensu patris donare satis apertè proponatur. Unde tutius fortassis est, ut ad mortis causâ donationem sine testamento factam referatur, aut quando testamento non tantum simplex clausula codicillaris, sed & hoc additum est, ut tanquam mortis causa donatio valeat: quo casu si pater consenserit, & donatarius præsens fuerit, id quod relictum est tanquam m. causa donatio valebit, ut notat *Bald. ad l. senium. 3. C.*

*Inst. de legat. l. 2. C. commun. de legat.* &c. admitti possit: maximè cum ipse fateatur etiam codicillos initio propter fideicommissa receptos esse, *pr. Inst. de codicill.* quibus & legata rectè relinqui ex textibus supra allegatis ostenditur. Deniq; *Ald. Manut.* differentiam in eo quoq; ponit, quod codicilli in cera, epistola in charta scriberetur. Verùm eam tanquam justo destitutam fundamento rectè in medio relinquit. *Giph. d. loco.*

Quarta Species est m. causæ donatio, qua mortis vel periculi alicujus intuitu res aliqua in præsentem vel acceptantem coram 5. testibus confertur.

§. 1. *Inst. de donat. l. inter 38. ff. de m. causa donationibus &c. l. ult. C. eod. t.* Olim dubitatum inter JCtos fuit, an mortis causa donatio ad contractus, an ad ultimas voluntates pertineret, *d. l. ult. C. h. t. & §. 1. Inst. de donat.* frustrà hæsitante *Bach. ad d. §. 1.* quippe *Imp.* potius hac in re, quam *Bach.* habenda fides est: Hodiè verò à Justin. ad ultimas voluntates relata, & ad exemplum legatorum ferè per omnia redacta est, *d. l. ult. C. h. t. & d. §. 1. Inst. de donat.* ita ut mirari liceat, nihilominus controversiam inter Dd. remansisse, & quosdam simpliciter contractibus; alios magis ultimis voluntatibus eam annumerasse, teste *Jul. Clar. 4. Sent. §. donatio. q. 5. n. 1.* Ipse distinguit, ut quoad modum & ordinationem, scilicet dum in esse deducitur, contractui, sed postquam in esse deducta est, quoad & effectum & efficaciam ultimæ voluntati accensenda sit, *secutus Gloss. in l. 2. pr. verb. legatum. ff. de dote præleg. & Dd. comm. teste Jas. in l. senium. 3. C. qui test. fac. poss n. 8. inf.* de qua distinctione quid habendum infra videbimus. Illud hîc tenendum mortis causa donationem eam demum esse, quæ fit mortalitatis cogitatione, *l. 2. ff. h. t.* Sive in infirma valetudine, vel imminente mortis periculo jam constitutus sit, sive aliàs futurum & contingens aliquod periculum, fortè navigationis, itineris per insidiosa loca, vel

 simile

simili metuat. *l. 3. 4. 5. 6. ff. d. t.* Modò mortis mentio expressè adjecta sit. Nam aliàs licet in extremis vitæ constitutus quis donaverit, in dubio inter vivos potius quam mortis causæ donatio præsumitur, & non tam mortis causa, quam moriens donasse intelligitur. *l. Seja. 42. in f. ff. h. t. Azo in summ. C. h. t. n. 2. Clar. d. §. donatio. q. 4. n. 3. Schneid. ad d. §. 1. Inst. de donat. n. 2. Bald. in d. l. in f. C. h. t. & Dd. comm.* Secus quam visum *Ant. de Butr. in c. 2. extra de consuetud.* Nisi fortè in testamento aut codicillis donatio facta sit, vel aliàs ex conjecturis non vanis mortis causa, non inter vivos quem donare voluisse appareat; quo casu etiamsi expressa mortis mentio facta non fuerit, tamen mortis causa donationem esse contendit, *Clar. d. n. 3. in f. Joh. Fab. & Schneid. ad d. §. 1. de donat.* Præterea nec quævis mortis mentio statim donationem mortis causa inducit, sed ita demum, si causa donationis impulsiva & & movens fuerit. *d. l. 2. ff. h. t.* Sive in tempus mortis apertè collata, ut monet *Clar. d. q. 4. n. 4. Mascard. de probat. vol. 1. concl. 561. n. 42. & Dd. comm.* Nam si mentio mortis dilationis potius causa & ad demonstrandam executionem, quam dispositionem & donationem faciendam facta sit, (puta dono tibi 100. post mortem meam solvenda) donationem inter vivos esse verius est, *Jas. in l. quæ dotis. 33. Harpr. ad d. §. 1. n. 4. Fach. 5. contr. 22.* Adde *Argentorat. vol. 2. cons. 2. n. 36. & 37. cons. 13. n. 4.* Idem esse volunt, si mortis quidem mentio facta, sed clausula de non revocanda ea adjecta fuerit, per textum *in l. ubi ita 27. ff. h. t.* Nam cum clausula hæc contra substantiam mortis causa donationis esse videatur, inter vivos donationem contrahere voluisse dicendum est. *Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 4. & Dd. comm. teste Clar. d. q 4. n. f.* Fachin. 5. 23. Adde *Harpr. ad d. §. 1. n. 3. de donat. & Argentorat, d. cons. 2. n. 16.* Quæ opinio quoad effectum omninò recipienda est per *d. l. 27.* quam de effectu loqui, satis manifestè constat: quoad formam verò nihilominus mortis causa donationem esse, nec in donationem inter vivos transire, verius videtur per textum *in l. si alienam. 13. in f. & l. Senatus 36. §. mortis causa. 4. in f. ff. h. t. N. 87. c. 1.* Nec movet quod clausula ista mortis causa donationis substantiam evertat, adeoq; cum ea subsistere non possit, *arg. l. quod si 10. ff. de reb. credit.*

quo-

quoniam respondeti potest, imò clausulam istam non substantiam mortis causa donationis, quæ in sola mortalitatis cogitatione consistit *d. l. 2. & seq. aliquot. ff. h. t.* Sed naturam tantum ejus offendere, & conseq. licet ejusmodi donatio notissimos mortis causa donationis terminos excedat, *arg. l. Lucius. 24. & l. 26. ff. deposit.* mortis causa donationem nihilominus esse per *textum in d. N. 107. c. 1.* quem frustra in dubium vocat *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 19. th. ult. lit. A.* cum Justiniani procul dubio sit, licet in vulgata editione non extet, sed à recentioribus demum inserta fuerit. Hinc si fortè ejusmodi donatio 500. solidos excedat, eam insinuatione opus non habere, si modò 5. testes adfuerint, dicemus *arg. d. l. ult. C. h. t. cum Paul. Busf. ad l. 1. §. 1. ff. h. t.* Minus obstat, quod hominis voluntas ambulatoria sit usq; ad extremum vitæ halitum, *l. 4. ff. de adim. vel transf. leg.* nec quisquam sibi hanc legem dicere valeat, ut à priori voluntate recedere non liceat, *l. si quis. 22. pr. ff. de legat. 3.* Respondetur enim d. reg. in mortis causa donatione fallere, in quâ cum res inter duos agatur, (donantem & donatarium) pactum quoq; istud adjectum omninò servandum, & fatendum erit, hactenus naturam ejus alteratam, adeoq; mortis causa donationem irregularem effectam esse, *arg. d. l. 24. & 26. ff. depos.* Adde *Coras. & Giph. ad d. l 27. ff. h. t. Ant. Fabr. Dec. 45. err. 1. & Bach. ad d. th. ult. lit. A.* Nihil autem referre videtur, utrum mortis causa donatione propriæ, an alienæ mortis causa fiat, per *l. 3. C. h. t. l. mortis causa. 18. pr. ff. h. t. Azo in summ. n. 2. Bach. ad Treutl. d. D. th. ult. lit. A.* Nam quod *Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 9.* mortis causa capionem hoc casu esse putat, per textus ab eodem allegatos satis non probatur, sed potius ex iis colligitur, mortis causâ capionis appellationem generalem esse, & mortis causa quoq; donationem comprehendere, *l. 8. d. l. 18. pr. l. mortis. 31. §. 2. in f. ff. h. t.* quamvis alias specialius hoc verbo sumto, ab ea differre expeditū sit, *l. inter. 38. ff. d. t. Adde Giph. ad d. l. 8. n. 6. 7. & d. l. 31. n. 2. & 3.* Objectum sive materia sunt res omnes, sive propriæ, sive alienæ, hactenus videlicet, ut usucapio locum habere possit, *l. si alienam. 13. pr. ff. h. t. l. qui alienam. 13. ff. eod.* sive singulæ sint, sive universæ: nam & universorum bonorum donationem valere verius est, *arg.*

*l. 2. C. de inoff. donat. l. si unquam. 8. C. de revocand. donat.* Forma præter mortalitatis cogitationem, etiam in eo consistit, quod donatio hæc inter præsentes expediri debeat, *d. l. 38. ff. h. t.* vel saltem donatario per alium acceptante, *l. sed interim. 11. §. 2. de donat. int. vir. & uxor.* & præterea 5. testes adhibendi sint, *d. l. ult. C. h. t.* quos in quavis ultima voluntate, testamento excepto, adhibendos esse constat ex *l. ult. C. de codicill. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* An autem, quando donatio hæc 500. excedit solidos, insinuatio necessaria sit, infra videbimus.

## Donare mortis causa possunt omnes ii, qui testari, & quidem omnibus iis, qui ex testamento alieno capere possunt.

*l. Marcellus. 16. ff. h. t. l. cum hic. 32. §. similes. 8. in f. ff. de donat. inter vir. & ux. l. omnibus. 9. ff. d. t.* Hinc quoad prius inferendum videtur, minorem 25. annis licet curatorem habentem, uti testari, *l. 5. ff. l. 4. C. qui test. fac. poss.* ita mortis quoq; causa donare posse, *arg. d. l. 32. §. 8. in f. ff. h. t.* Nec obstat quod hæc donatio ratione personæ & formæ similior sit contractibus, quàm ultimis voluntatibus, adeoq; istorum quoq; jure regulari debeat *Tiraquell. post ll. Connub. Gloss. 5. n. 83.* Quamvis dubitanter potius quam concludenter id proponere videatur. . Respondetur enim non quidem & ex contractu minorem sine consensu curatoris sui obligari secundum *l. puberes. 105. ff. de V. O.* id enim ita simpliciter prolatum juri nostro non satis convenire videtur, per ea quæ ad *l. obligati. 43. ff. de O. & A.* à nobis dicta sunt. Sed potius quod assertio ista absolutè posita recipi haut possit, ut infra ostendemus; maximè cum propter revocationem licitam, ad ultimas voluntates utiq; propius accedere, & conseq. administrationem bonorum, quæ curatori commissa est, concernere non videatur. Adde *Fachin. 5. contr. 61. & Harpr. add. §. 1. de donat. n. 43. & duobus seqq. Andr. Rauch. p. 1. q. 32. n. 84.* Alii distinguunt, ut per stipulationem

vel

ve p actionem, ut primis si exactio in tempus mortis differatur, minor rectè donare possit: non per traditionem, ut dominium transferatur, *l. 2. ff. h. t.* cum traditio ad bonorum administratio- nem curatori commissam pertineat *Ant. Fab. Dec. 46. err. 9. Bach. ad d. th. ult. lit. B.* Verùm cum mortis causa donatio perfecta non sit, antequam mors insequatur, *l. non videtur. 32. ff. h. t.* adeoq; à donante semper revocari possit, *d. §. 1. Inst. de donat. l. mortis. 16. l. qui mortis. 30. ff. h. t.* ad bonorum administrationem pertinere, aut vera alienatio esse non videtur; & conseq. quamvis mortis causa donationem à minore factam validam esse: nisi fortè pactum de non revocando adjectum sit, quo casu non valere sine tutoris consensu fortè verius est *per l. 3. C. de in integr. restit. minor.* Ex eodem principio & fundamento & illa decidenda quæstio est, an mulier quæ ex statuto sine consensu duorum propinquorum contrahere nequit, mortis saltem causa donare possit? Quamvis enim *Petr. de Anchoran. cons. 385. & alii allegati à Tiraq. d. Gloss. 5. n. 75.* negativam probare conentur; tamen affirmativa verior est, quoniam mortis causa donatio ultimæ voluntati æquiparetur, *d. l. ult. C. h. t.* quam mulierem condere posse expeditum est: non obstante statuto isto, quod de contractibus propriè dictis procul dubio accipiendum est, ad quos mortis causa donationem referri non posse constat *Fachin. d. lib. 5. c. 60. Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 67. & seqq. aliquot.* Idem dicendum jure Saxon. ut eo quoq; mulier, licet alienare sine curatore prohibeatur, donare tamen mortis causa possit; frustra dissentiente *Wesemb. in w. ff. h. t. n. 4.* cum jus quoq; Saxonicum de contractibus propriè dictis, sive de iis negotiis loquatur, ex quibus mulieres efficaciter obligantur, quale mortis causæ donationem non esse, extra dubium est. *Const. Elect. 15. p. 2. ibiq. Bened. Carpz. def. 10. Adde Andr. Rauchb. p. 1. q. 32.* Sed & contraria negativè concepta regula rectè se habet, ut cui testamentifactio concessa non est, eidem nec mortis causa donatio permittenda sit, *l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rat. distrah.* Unde dicendum videtur, cum *jure Canon.* usurario manifesto ante præstitam cautionem de restituendis usuris, denegata sit testamentifactio, *c. quanquam ult. de usur. in 6.* & mortis causa donationem eidem denegandam esse, ne aliàs
fraus

fraus legi fiat, & usurarius, qui testarij prohibetur, mortis causa omnia sua bona contra mentem Pontificis, in alium transferat, *arg. d. c. ult.* quod rectè in qualibet ultimâ voluntate procedere notat *ibidem Gloss. Fachin. d. lib. 5. c. 62. Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 47. & alii ab eo allegati. Adde Ant. Fab. Dec. 46. err. 8.* Excipitur ab hac regula negativa filiusfam. qui licet testari ne permittente quidem patre possit, *l. qui in potestate. 6. pr. ff. qui test. fac. poss.* mortis causa tamen donare, eodem permittente, non prohibetur per *textum expressum in l. filiusfam. 7. §. 4. ff. de donat. & l. tam 15. 25. § 1. ff. h. t.* Ratio vulgò redditur, quia voluntas ultima ex alieno arbitrio pendere non debet, *l. illa. 32. pr. ff. de heredib. instit.* donatio verò in alterius arbitrium conferri possit. *§. sed & certum. 1. Inst. de emt. vend. l. si quis. 43. ff. de V. O. Jas. in l. senium. 3. C. qui test. fac. poss. n. 9. Clar. d. §. testamentum. q. 6. n. 4. Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 9.* Verùm hæc ratio apertè præsupponit id, quod est in controversia & jam supra à nobis negatum, videlicet mortis causa donationem ad contractus potius, quam ad ultimas voluntates pertinere, adeóq; verior videtur ea, quam supra adduximus hac ipsa parte *spec. c. 1.* quod videlicet testamentifactio juris publici sit, *l. 3. ff. d. t. qui test. fac. poss.* mortis causâ donatio privati, adeoq; hæc privatorum pactiones & permissiones recipere possit, illa verò nequeat, *arg. l. jus publicum. 38. ff. de pact. Adde Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 26. Arum. D. ad D. 19. th. 12.* Illud hic videndum, in quibusnam bonis mortis causa donandis filius patris consensum requirere debeat? Et in castrensibus vel quasi Castrensibus donationem etiam citra consensum patris valere expeditum est, cum & testari de iis possit, *pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* quemadmodum è contrario in profectitiis & adventitiis, in quibus pater usumfr. habet, consensu ejus omninò opus est, ne aliàs vel ratione proprietatis vel ususfr. iniquam condicionem patri inferat, *l. non debet. 74. ff. de R. J. arg. l. ult. §. ipsum autem 5. vers. filiis. C. de bon. qua liber.* tantum de bonis adventitiis, in quibus pater usumfr. non habet, res dubio non caret. Et testari de iis filium non posse supra docuimus, *d. c. 1. in part. spec.* ita nec mortis causa donare eum posse dicendum videtur, *arg. d. l. 1. §. 1. ff. de tut. & rat. distrah.* maximè

mè cum consensus paternus in mortis causa donatione non propter præjudicium patris, sed ad integrandam & habilitandam personam filii, adeoq; ad authoritatem & solennitatem actus adhibeatur, *Gloss. ad d. l. fin. in f. C. de bon. quæ lib. Clar. d. §. donatio. q. 6. n. 5. Harpr. ad d. §. 1. de donat. n. 28. & Dd. comm.* Sed hoc ipsum in lite est, an consensus ad solennitatem actus, an verò tantum propter interesse patris requiratur, & fortasse posterius verius, cum nusquam leges authoritatem patris requirant, quemadmodum in persona pupilli tutoris authoritas necessaria est, sed tantum ejus consensum, ut in *d. l. 7. §. 4. ff. de donat. & d. l. 25. §. 1. ff. h. t.* maximè cum in contractibus filiusfam. æquè ac paterfam. obligetur, *l. filiusfam. 39. ff. de O. & A.* & in ultimis voluntatibus authoritas ad actum perficiendum in considerationem venire non soleat, *arg. §. præterea. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. l. 5. ff. eod. cum similibus.* Nec obstat, quod consensus patris expressè interponi debeat, secundum *Gloss. in l. qui in potestate. 6. pr. verbo: nihilo magis. ff. qui test. fac. poss. & Dd. comm.* ubicunq; autem propter præjudicium alicujus consensus requiritur, & tacitum sufficere constat, *Clar. d. q. 6. n. 6. inf.* Respondetur enim & hic præsentiam & taciturnitatem patris, adeoq; tacitum consensum sufficere, ut infra probare conabimur. *Adde Fach. 5. contr. 24. & Bach. in not. ad Wesemb. ff. h. t. n. 4. Arum. d. th. 12. inf.* Verius igitur videtur non ad solennitatem actus aut habilitandam personam filii, sed ob præjudicium patris consensum ejus requiri, & conseq. filiumfam. etiam sine consensu patris adventitia in quibus plenum jus habet, mortis causa donare non prohiberi. *arg. N. 117. §. 1. ibi: quo volunt modo disponere &c.* quem textum licet de dispositione inter vivos non de testamentaria, vel in ultimis voluntatibus facta loqui, ipsimet haud gravatim fateamur: tamen mortis causa donatio mera & simplex ultima voluntas non est, sed mixtæ quodammodo naturæ de contractu & ultima voluntate aliquid participans, adeoq; quoad præsentem quæstionem magis contractibus, quàm ultimis voluntatibus accedere videtur, *arg. d. l. 7. §. 4. ff. de donat.* Non movet, quod testari non possit filiusfamil. de his bonis, *l. pen. C. qui test. fac. poss.* adeoq; nec mortis causa donare, *arg. d. l. 1. §. 1. ff. de*

 *tut.*

*tut. & rat. distrah.* Respondetur enim, argumentum istud à prohibita testamentifactione ad mortis causa donationem prohibendam tantùm procedere, ubi eadem est utriusq; ratio, veluti in furioso, prodigo, pupillo & similibus. *arg. d. l. 1. §. 1. de tut. & rat. distrah.* at in nostris terminis, aliam esse rationem quoad filiumfam. testamentifactionis, & aliam mortis causa donationis: quoniam illa juris publici est, & patribusfam. tantum tributa. *d. l. 3. ff. qui test. fac. poss. pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. & l. pen. C. qui test. fac. poss. Gloss. ad d. l. 6. verb. nihilo magis. ff. d. t.* hæc verò juris privati, adeoq; filiisfam. etiam permissa, nisi ubi de præjudicio patris agitur, quo casu, consensus ejus requiritur. *d. l. 7. §. 4. ff. de donat. d. l. 25. §. 1. ff. h. t. Jason. ad d. l. senium. 3. C. qui test. fac. poss. Fach. d. lib. 5. c. 25. Bach. in not. ad Wesemb. ff. h. t. n. 4.* Ex hisce quæ jam dicta sunt, & illud colligitur, filiumfam. etiam patri consentienti rectè donare: non obstante eo, quod nemo authoritatem in proprium commodum accommodare possit, *l. 1. ff. de auth. & cons. tut. vel curat. Clar. d. q. 6. n. 7. Harpr. ad d. §. 1. n. 35. Inst. de donat.* quoniam responsio patet ex superioribus, hîc patris consensum non tanquam authoritatem interponi, sed tantùm ob præjudicium patris, *arg. d. l. 7. §. 4. ff. de donat. Fach. d. lib. 5. c. 26.* Quoad posterius membrum nata est regula, quod omnibus, quibus legari, vel testamento aliquid relinqui potest, iisdem mortis causa donari possit. *d. l. 9. ff. h. t.* Hinc cum conjugibus legari posse non dubitetur, nec mortis causa donari prohibendum est per *textum expressum in l. si eum. 9. §. ult. & l. 10. & 11. ff. de donat. int. vir. & uxor.* quippe eventus hujus donationis incurrit in id tempus, quo conjuges futuri non sunt, *d. l. 10. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Fultra dissentiente *Gloss. in l. 1. §. Celsus. 9. (aliàs est princ. l. 2.) ff. de dote præleg. Clar. d. §. donatio. q. 9. n. 2. Covarruv. de testam. part. tert. rubr. n. 2. & 3.* Nam *l. mortis. 23. ff. d. t. de donat. int. vir. & uxor.* adeo contrariam opinionem non juvat, ut potius nostram haut obscurè probet; dum socer genero vel nurui mortis suæ causæ donare nequit, quia morte ipsius nuptiæ non dissolvũtur: quæ ratio à contrario sensu donationem inter conjuges validam esse satis arguit, ut rectè

rectè *Bach. ad Treutl. d. D. 19. th. 4. lit. B.* ubi & hoc rectè addit, non referre utrum tradita res donata, an promissa tantum fuerit, *arg. d. l. 9. §. ult. & l. 10. ff. d. t.*

Materia hujus donationis sunt res omnes, etiam universa bona, tam futura quam præsentia.

Quemadmodum enim inter vivos omnia bona donari posse verius est, *l. omnes 17. §. 1. ff. quæ in fraud. cred. l. si quis. 35. §. sed etsi. 4. C. de donat. l. si unquam. 8. C. de revoc. donat. Coras. 6. misc. 17. Arum. Ex. 6. th. 15. Dn. Ungep. Ex. 7. q. 5.* ita multò magis ea mortis causa donari posse dicendum est, utpote quæ testamentifactionem non impediat, cum semper revocari possit, *l. qui mortis. 30. ff. h. t. ibiq. Wesemb. in π. n. 5. Bened. Carpz. in Jur. forens. p. 3. const. 1. def. 23. n. 2. & 3.* Non obstat *l. licet. 19. C. de pact. ibi: ne donationis quidem etiam causa &c.* Respondetur enim, eam de hereditate loqui, quam pactis & conventionibus ne mortis quidem causa transferri posse, facilè concedimus, *per l. ult. C. d. t. de pact. l. 4. C. de inutil. stipul.* alia autem ratio est donationis bonorum omnium, quæ licet universitatem contineat, hereditas tamen non est, nec adeo universum jus defuncti comprehendit: quippe distinguendum est inter titulum & rem ipsam, hæc in donatione etiam universalis suo modo esse potest, at titulus semper singularis est, & manet, *arg. §. ult. Inst. de usu & habit. juncto. pr. Inst. de donat. Adde Vult. ad pr. Inst. de testam. n. 2. & Alciat. ad d. l. licet. C. de pact. verbo: donationis.* Hinc donatarius universorum bonorum, heres non est, sed tanquam fideicommissarius bona ab alio herede vel ex testamento vel ab intestato petere necesse habet, *arg. l. miles. 75. ff. de legat. 2. Bach. in not. ad Wesemb. d. n. 5.*

Forma est, partim quod ea in mortis e-

ventum conferatur, partim quod præsente vel saltem acceptante donatario, per traditionem, vel stipulationem vel nudam conventionem coram 5. testibus perficiatur.

Est enim hæc donatio mixtæ naturæ tam ad ultimas voluntates, quàm ad actus inter vivos, sive contractus inclinans, ut monet *post Dd. Petr. de Ancharan. d. cons. 385.* quamvis propior ultimis voluntatibus esse videatur, cum legatis ferè per omnia exæquata sit, *d. l. ult. C. h. t.* Hinc essentialis ejus forma est, quod in mortis eventum conferri debeat, adeo ut ne mortis quidem mentio alio intuitu facta, ad inducendam eam sufficiat, ut supra à nobis dictum est. Accedit quod 5. testes ad eam perficiendam requirantur, per *d. l. ult. C. h. t. l. ult. C. de codicill.* cum in contractibus duos regulariter sufficere expeditum sit, *l. ubi numerus. 12. ff. de testib.* Idq; non tantum in ea donatione, quæ quingentos solidos excedit, sed quavis alia mortis causâ facta obtinere verius videtur tum per *textum in d. l. ult. C. h. t.* qui generaliter loquitur, adeoq; generaliter etiam accipiendus est; tum quod in quavis ultima voluntate, proinde etiam in hac mortis causâ donatione 5. testes requirantur, *l. ult. §. ult. C. de Codicill.* Non obstat, quod *Justin. d. l. ult. C. h. t.* 5. testium præsentiam in locum insinuationis surrogâsse videatur, quam in donatione minoris summæ locum non habuisse certum est. Respondetur enim *Justin. d. loco* hoc potius velle, quod omnis mortis causâ donatio, etiam ea, quæ olim insinuationem requirebat, hodie coram 5. testibus facta valeat, æquè ac aliæ ultimæ voluntates, quas indistinctè sive excedant 500. solidos, sive infra eam summam consistant, 5. testes requirere nemo dubitat *ex d. l. ult. §. ult. C. de codicill. Trentl. vol. 2. D. 19. th. ult. lit. E. ibiq; Bach.* qui id in medio relinquit. Minus movet, quod hæc donatio quoad modum & ordinationem, sive dum in esse deducitur, contractibus æquiparetur, ut post *Dd. tradit Hieron. Schurff. cent. 1. cons. 6. n. fin.*

*fin.* adeoq; duobus testibus contenta esse debeat, *arg. d.l. 12. ff. de testib. Ant. Fab. Dec. 44. err. 1.* Nam id simpliciter verum non esse patet ex *d. l. ult. C. h. t.* quæ ad formam, sive modum & ordinationem 5. testes æquè, ac in alia quavis ultima voluntate satis apertè requirit. Et hæc opinio in foro & praxi recepta est, docente *Schneid. ad d. pr. de donat. n. 20. Ant. Rauch. p. 1. q. 12. n. 5. & Benedict. Carpzov. d. Const. 1. defin. 29.* Ubi tamen illud notandum, insinuationem ab hac donatione in totum exclusam non esse, sed si forte sine 5. testibus coram actis facta fuerit, validam nihilominus fore, æquè ac testamentum, quod licet aliàs 7. requirat testes, si tamen coram actis sine ullis testibus conditum, vel saltem insinuatum fuerit, valere expeditum est per *l. omnium. 19. C. de testam. Schneid. ad d. pr. n. 14. Schurff. d. cons. 6. n. 6. Bach. ad d. th. fin. lit. E.* Hinc dicendum videtur, nec jure Saxonico, quo in donatione, præsertim immobilium certas solennitates requiri constat, puta ut in loco judicii, coram judice, sub quo bona sita sunt, fieri debeat, in hac mortis causa donatione solennitatem insinuationis necessariam esse: quoniam jus Saxonicum de donatione simpliciter conceptum est, quo verbo propriam contineri donationem patet ex *l. 1. ff. de donat.* qualis donatio mortis causa non est, *arg. d. l. 7. §. 4. ff. de donat.* imprimis in Statutis, in quibus alias quoq; verba propriè accipienda sunt, *arg. l. 3. §. hac verba. 6. ff. de negoc. gest. ibiq. Dd. Schneid. ad d. pr. de donat. n. 16. Schurff. d. cons. 6. n. 2.* Jure tamen novo per constitutionem Electoralem introductum est, ut mortis causa donationes, quoq; non aliter, quàm coram judice factæ valeant, *d. Const. 3. p. 1. ubi Carpz. def. 23. n. 6.* Quamvis ut sub judice isto bona sita sint, necessarium non videatur, cum *textus Jur. Saxon.* simpliciter de donatione loquantur, adeoq; ad hanc impropriam donationem extendi non debeant, *ut rectè Moller. 3. Semestr. 2. Petr. Heig. p. 2. q. 12. q. 12. n. 20. Carpzov. d. Const. 1. def. 21.* Verùm hæc constitutio in Electoratu tantum observatur, in reliquis provinciis Ducum Saxon. procul dubio jus commune servabitur, *arg. eorum* quæ modò dicta sunt. Cum autem mortis causa donatio, non tantum ultimarum voluntatum, sed etiam contractus naturam sapiat, conseq. est, ut semper inter duos,

donantem videlicet & donatarium, vel per traditionem, vel per stipulationem, vel nudam conventionem perficiatur, *d.* §. *1. Inst. de donat. l. 2 ff. h. t. & d. l. 35. C. donat.* Idq; de traditione & stipulatione expeditum est, de pacto verò nudo dubitari non immeritò potest, cum *d. l. 35. C. de donat.* de donatione inter vivos expressè concepta sit, & multa singularia habeat, quæ ad mortis causa donationem accommodari posse non videntur, ut pluribus hoc persequitur *Ant. Fab. Dec. 44. err. 3. &* probat *Giph. d. l. 29. ff. h. t. 12. n. 14. 15.* Sed à communi opinione facilè recedendum non est, cum quoad donationes pactum stipulationi æquiparatum sit, in *d. l. 35. C. de donat. Azo in summ. C. h. t. n. 3. Gloss. ad l. cum pater. 77. §. Mævio. 6. verb. donabat. &c. ff. de legat. 2. & Dd. comm. teste Clar. d. §. donatio. q. 14. n. 2.* Hîc duo expedienda sunt. (1) an mortis causa donatio tantùm inter præsentes; & (2) an etiam per procuratorem fieri possit. Et quoad priorem quæstionem videtur textus satis clarus. in *l. inter. 38. ff. h. t.* ubi mortis causa donationem à præsente præsenti fieri expressè scriptum est. *Idq. Gloss. ad l. 1. C. h. t. & Dd. comm. teste Clar. d. §. donatio. q. 5. n. ult.* Idq; si per traditionem, vel stipulationem facta fuerit, satis expeditum est, cum nec stipulatio inter absentes unquam fieri, *l. 1. pr. ff. de V. O.* nec traditio aliter, quàm si vel ipse vel alius ejus nomine acceptet, contingere possit: *§. per traditionem. 41. Inst. de rerum divis. l. sed interim. 11. §. quando. 2. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Nuda verò conventione si facta fuerit, etiam inter absentes per nuncium vel epistolam valere dicendum est, *l. 2. §. 2. ff. de O. & A. l. 2 ff. de pact. tit. Inst. vers. unde &c. de obligat. quæ ex consens.* Si modò Epistola vel nuncius specialiter ad hoc missi fuerint, ut notat *Alex. in addit. ad Bart. in d. l. 2. ff. de O. & A.* Aliud visum *Hotom. 8. obs. 18. Giph. ad d. l. 38. n. 12. & seqq. aliquot. Treutl. d. D. 19. th. ult. lit. A. inf.* qui inter absentes æquè ac inter præsentes donationi huic locum esse volunt: tum quod nulla sit inter donationem hanc & donationem inter vivos, quam inter absentes fieri posse constat, *ex l. 10. ff. de donationib.* differentiæ ratio: tum quod donatio mortis causa legato similis sit, *d. l. ult. C. h. t.* tum deniq;, quod etiam nudo consensu hodie, adeoq; inter absentes fieri possit, *d. l. 35. C. de donat. juncta.*

*d. l.*

*d. l. 2. §. 2. ff. de O. & A.* Unde *textum in d. l. 38. ff. h. t.* mendosum, & ita restituendum esse existimant, ut pro *illis verbis. quo præsens præsenti dat*, reponantur ista: *quod in præsenti datur &c.* id est statim, ut post *Hotom.* monet *Giph. add. l. 38. n. 14. ff. h. t.* Verùm si paulò accuratius rem expendamus, nulla videbitur inter has opiniones differentia, quoniam & *Gloss. atq; Dd. comm.* concedunt, mortis causæ donationem, si nuda conventione facta fuerit, etiam inter absentes valere, modò nuncius vel epistola intervenerit, adeoq; inter scientes res gesta fuerit, ut videre est apud *Bart. ad d. l. 38. ff. h. t. Ferrariens. in Pract. inform. libell. pro donatione. n. 7. Hartm. Pist. p. 1. q. 13. n. 6.* Nisi fortè *Hotom. & Giph.* id voluerint, donationem mortis causa absenti etiam ignoranti rectè fieri, quo secunda illorum ratio tendere videtur. sed hoc procul dubio falsum est, cum mortis causa donatio esse nequeat, nisi negotium aliquod geratur inter præsentes, vel interpositam personam, *d. l. 38. ff. h. t. ibiq; Bart. d. l. 11. §. 3. ff. de donat. int. vir. & uxor. Schneid. ad §. 1. Inst. de donat. n. 20.* Quod si tamen quid absenti & ignoranti coram 5. testibus donatum fuerit, in vim legati vel fideicommissi valere dicendum est, *l. miles. 75. l. cum pater. 77. §. donationis. 26. ff. de legat. 2. Bart. in l. 1. ff. h. t. & Dd. comm. teste Clar. d. q. 5. ult. Schneid. d. n. 20. in f. Benedict. Carpzov. d. p. 3. Const. 1. def. 35.* Quam differentiam inter legata & mortis causa donationem adeò frustra oppugnat *Ant. Fab. Dec. 44. err. 2.* Non obstatiis, quæ hactenus dicta sunt, *d. l. 38. ff. h. t.* Respondetur enim non quidem textum corrigendo cum *Hotom. & Giph.* nec distinguendo inter jus antiquum & novum, quasi illo donatio mortis causa inter præsentes, inter vivos, tam inter absentes, quam inter præsentes fieri possit, *l. 10. ff. de donat. d. l. 38. ff. h. t.* hoc vero utraq; tam inter præsentes, quam præsentes, quam absentes rectè expediatur, *arg. d. l. 2. §. 2. ff. de O. & A. cum Practic. Ferrar. d. n. 7.* quod discrimen meritò improbat *Fab. err. 2.* Sed potius ibi differentiam proponi inter mortis causæ capionem, quod ista alio etiam prorsus ignorante essentiam capiat, hæc sciente tantum & præsente donatario saltem per interpositam personam *d. l. 11. §. 2. ff. de donat. int. vir. & uxor. Ad. de Bach. ad d. th. ult. lit. A. in f.* Quod ad posteriorem verò quæstio-

iti nem attinet, an videlicet quis etiam per procuratorem donare, (nam donari rectè constat ex iis, quæ modò dicta sunt) possit; affirmativam tueri conatur *And. Rauchb. p. 2. q. 16.* Wesemb. *w. ff. h. t. n. 4. ibiq; Bach. in not.* Ratio (1) est, quod donatio fieri possit, ut supra dictum, adeoq; etiam inter absentes per nuncium & procuratorem rectè expediatur, *l. 4. de donat. arg. l. 1. §. ult. ff. de contrah. emt. cum similib. l. nec ambigi. 6. C. d. t. de donat. ibiq; Gloss. & Dd. comm. teste Clar. d. §. de donatio. q. 12. n. 2.* (2) quod mortis causa donatio pendere, & filiusfam. consensu patris donare possit. *d. l. 25. §. 1. ff. h. t.* (3) deniq; petita est ex communi ista distinctione, quod donatio hæc quoad effectum quidem ultimis voluntatibus, quoad modum autem & formam contractibus æquiparetur *Clar. d. §. donatio q. 5. de qua quid sit sentiendum, patet ex iis quæ supra dicta sunt.* Contra vero negativam propugnat *Daniel. Moller. lib. 1. semestr. c. 5. n. 12. & Benedict. Carpzov. d. Const. 1. def. 36.* tum quod mortis causæ donatio legatis æquiparata sit, *d. l. ult. C. h. t.* quæ per procuratotem expediri non posse constat, *l. illa. 32. ff. de heredib. instit. l. nonnunquam. 52 ff. de condic. & demonstr.* tum quod donatoris & donatarii præsentia requiratur, *d. l. 38. ff. h. t.* Et hæc opinio in foro Saxon. recepta est, & secundum eam pronunciari solet, ut testatur *Carpzov. loc. alleg.* Nihilominus nos priori opinioni accedimus, ex cujus fundamentis ad rationes posterioris haut difficulter responderi posse videtur. Nam (1) dicendum est, legatis quidem donationem hanc comparatam esse, sed ita tamen, ut per traditionem & nudam conventionem etiam hodie fieri possit, *d. §. 1. Inst. de donat. & arg. d. l. 35. C. de donat. & conseq.* quemadmodum traditio & nuda conventio per procuratorem fieri potest. *§. per traditionem. 41. & §. seq. Inst. de rerum divis. l. 2. §. 2. ff. de O. & A.* ita mortis causa donatio eodem modo expediatur. Deinde, quæ, sit sententia *d. l. 38. ff. h. t.* constat ex iis, quæ suprà à nobis dicta sunt. Illud hic quoq; paucis attingendum. An mortis causa donatio etiam testamento fieri possit? Quod negat *Giph. ad l. si mortis. 29. n. 13. ff. h. t. & Ant. Fab. d. Dec. 44. err. 2.* tum quod nusquam in jure nostro id scriptum reperiatur: tum quod contractus & conven-

tio-

tiones, tanquam actus extranei, in testamentis celebrari nequeant, *arg. l. verba. 20. ff. de V. S.* Sed affirmativa communiter recepta est, ut apparet ex iis quæ habet *Bart. in l. 1. circa fin. ff. h. t. & Jul. Clar. d. §. donatio. q. 5. n. fin.* Eaq; haut obscurè probari videtur ex eo, quod mortis causa donatio hodie legatis fere per omnia exæquata sit, *d. l. ult. C. h. t.* quæ in testamentis relinqui posse expeditum est. Nec movet, quod exæquationem istam de effectu tantum accipiant ipsi *Dd. comm.* per *tradita Clar. d. q. 5. n. 1.* Respondéri enim potest, imò & ratione constitutionis & solennitatum hactenus exæquata esse, ut mortis causa donatio non minus ac legata & quævis alia ultima voluntas ad perfectionem sui 5. testes desideret, *d. l. ult. C. h. t.* quos in contractibus non requiri manifestum est *ex d. l. 12. ff. de testib.* Ad fundamenta contrariæ opinionis respondetur (1) satis esse, quod legatis potius, quàm contractibus annumerata sit à *Justin. in d. l. ult. C. h. t.* ex eo enim probabiliter colligi, in testamento quoq; eam fieri posse, *arg. §. præterea. 10. Inst. de fideicomm. hereditatib.* Deinde opinionem istam, quod contractus & conventiones in testamentis celebrari non possint, de iis tantùm veram esse, quæ simpliciter conventionis jure censentur & valent, mortis autem causa donationem mixtæ quodammodo naturæ esse, & propius ad legata & ultimas voluntates accedere, *d. l. ult. C. h. t. l. Marcellus. 15. ff. eod. t.* Adde quæ supra *c. 1. h. part. spec.* de hac quæstione, an contractus in testamento celebrari possit, dicta sunt.

## Effectus est, ut morte donatoris insecutâ rata maneat donatio, & ut etiam citra rei donatæ traditionem dominium ipso jure in donatarium transeat.

Cum enim forma hujus donationis sit, ut in tempus mortis conferatur, ut supra diximus, conseq. est, ut ad similitudinem aliarum ultimarum voluntatum, quæ usq; ad extremum vitæ halitum ambulatoriæ sunt, *l. 4 ff. de adim. legat.* morte donatoris confirmetur, *l. non videtur. 32. ff. h. t.* ubi paucis expedienda est superi-

usdem ista quæstio, an exæquatio legatorum & mortis causa donationũ jure locum habeat, si hæ ab intestato factæ fuerint? Et negativa probari videtur per *l. si filius. 20. §. 1. ff. de legat. præstand. Cujac. 3. obs. 17. & tr. ad Affric. 2. in l. si filiofam. 23. ff. h. t.* Sed affirmativa verior est, tum per *d. l. ult. C. h. t.* quæ cum generaliter de mortis causa donatione loquatur, generaliter quoq; accipienda erit, *arg. l. 1. §. 1. ff. de legat. præstand.* tum per *textum in l. illud. 37. ff. h. t.* ubi expressè scriptum est, generaliter quodcunq; in legatis juris est, id in mortis causa donationibus quoq; accipiendum esse. Non obstante *d. l. 20. ff. de legat. præstand.* utpote quæ loquitur de bonorum possessione contra tabb. quo casu de legatis certis personis præstandis facilè ad mortis causa donationes cum testamento factas, porrigi potuit, non etiam ad eas, quæ ab intestato, inter quas & legata in his terminis nulla occurrit comparatio. *Harpr. ad d. §. 1. Inst. de donat. n. 18. Treutl. d. D. 19. th. ult. lit. B. ibiq; Bach.* Præterea ex comparatione ista cum legatis & ultimis voluntatibus & alter effectus fluere videtur, quod in mortis causa donationibus æquè ac in legatis dominium rectâ à morte donatoris in donatarium transeat, *l. 1. in f. & l. 2. ff. de publ. in rem act. l. non Titio. 64. in f. ff. de furt.* Quamvis enim in *d. l. 1. & 2. de publ. in rem act.* fortè non hoc agtur, ut ipso jure absq; traditione dominiũ transferatur, sed potius quod præter traditionem & usucapionem alii modi sint acquirendi dominii, veluti legatum, mortis causa donatio & similes, ut monet *Gipb.* à cōmuni opinione dissentiens ad *d. l. 29. n. 19. & 20. ff. h. t.* tamē hoc satis est, quod mortis causa donationes ad exemplum legatorum capiantur, *d. l. 2. in f.* & conseq. dominium eodem modo, non demum per traditionem, sed statim à morte testatoris ipso jure in donatarium transferatur, *arg. l. legatum. 80. ff. de legat. 2.* cum quodcunq; in legatis juris est, id in mortis causa donatione etiam accipiendum sit, *d. l. 37. ff. h. t. Covarruv. in rubr. de testam. p. 3. n. 16. Bocer. de donat. c. 5. n. 48. Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 24. ibiq; Wesemb. n. 2. Harpr. n. 20.* Non obstat, quod dominium ipso jure non aliter, quàm legis authoritate transeat, quæ in legatis, non in his donationibus Lex 12. tabb. est, ut notat *Ant. Cont. 1. Disp. 13. & Gipb. d. n. 19.* Respondetur enim, satis esse quod donationes hæ legatis exæquatæ sint, *d. l. ult. C. h. t.* ita ut quicquid in legatis

juris

juris sit, etiam in iis obtineat, *d. l. 37. C. d. t.* cum ex legibus esse intelligantur, non tantum quæ ex verbis, sed etiam quæ ex sententia legum inducuntur, *l. nominis. 6. §. 1. ff. de V. S.* Quo sensu procul dubio *Justin.* eas inter modos acquirendi civiles retulit in *d. §. 1. Inst. de donat. ubi* Wesemb. *d. n. 2.* Nec movet, quod traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis, sive conventionibus rerum dominia transferantur. *l. traditionibus. 20. C. de pact.* Respondetur enim id verum esse in contractibus, & pactis simpliciter consideratis, mortis autem causa donationem, licet stipulatione & nudo pacto perficiatur, legatis tamen æquiparata esse, adeoq; ejus jure uti debere, secundum *d. l. 37. ff. h. t.* Unde facilè patet, exemplum donationis simplicis inter vivos à *Giph.* frustrà planè huc adduci, cum ea legatis omninò comparata non sit, sed pactum legitimum effectum, ut ad exemplum venditionis, traditionis necessitatem hodie in se habeat. *§. alia autem. 2. Inst. de donat. & d. l. 35. C. eod. t.* Nam quod *Cont. d. c. 13.* hanc donationem civilem hodie acquirendi modum esse contendit, id neq; *d. §. 1. neque d. l. 35.* satis convenit, ut cuivis istos textus paulò diligentius consideranti patebit.

## Infirmatur hæc donatio vel ex parte per legem Falcidiam, vel in totum, ut donatarii morte, donatoris reconvalescentia & pœnitentia.

Quemadmodum enim de legatis & fideicomm. si fortè iis exhausta fuerit hereditas, quarta Falcidia detrahitur, *l. 1. & tot. t. ff. ad l. Falcid. pr. Inst. de leg. Falcid.* Ita quoq; de mortis causa donationibus, si immodicæ fuerint, Falcidia rectè detrahitur, *l. si mortis. 5. C. ad l. Falcid. & l. 2. C. h. t.* Idq; adeò verum esse volunt, ut ne donator quidem detractionem istam prohibere possit, *Alciat. ad l. licet. 9. in verbo: donationis. C. de pact. Bald. vol. 2. cons. 47.* eosq; secutus Wesemb. *in ϖ. ff. n. 4.* Quod de jure antiquo expeditum est, quo nec Falcidiam prohibere testator potuit, *l. si ut allegas. 11. C. d. t. ad l. Falcid.* Sed ex jure *Novell.* verius videtur, etiam in mortis

causa donationibus Falcidiæ detractionem prohiberi posse. Cum enim in legatis hoc testatori concessum *in Auth. sed cum testator. C. d. t. & N. 1. c. 2. §. ult.* nulla ratio est, cur generalis ista *Justin.* sanctio ad mortis causa donationes extendenda non sit, *arg. d. l. ult. C. h. t. Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 24. Bach. in not. ad Wesemb. d. n. 4. in f.* Jure tamen Saxon. novissimo detractio Falcidiæ in his donationibus locum non habet *per d. Const. 1. p. 2. ibiq. Carpz. def. 5. n. 2.* Quod jus in Electoratu tantum servari, non in aliis provinciis Saxonicis testatur *Carpz. def. n. 1. Matth. Coler. p. 1. Dec. 12. n. 72. Cöppen. lib. 1. obs. 98. n. 12.* Deinde in totum revocatur hæc donatio (1) donatarii morte ante obitum donatoris cōtingente, *l. non omnis. 19. ff. de rebus cred. ibiq. Jas. n. 5. d. l. 23. ff. h. t.* Iterum ad exemplum legatorū, quæ ipsa quoq; si ea persona, cui relicta sunt, decesserit, extinguuntur, *l. intercidit 59. ff. de condic. & demonstr. Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 23. ibiq. Harpr. n. 69.* (2) Donatoris reconvalescentia, si is fortè ex morbo reconvaluerit, vel ex periculo, cujus intuitu donavit rem aliquam, liberatus fuerit, ipso jure dissolvitur donatio, *d. §. 1. Inst. de donat. l. 19. l. 29. ff. h. t. l. videamus. 38. §. idemq. est. 3. ff. de usur. l. apud Celsum. 4. §. 1. ff. de except. doli mal. & met. ibiq. Gloss.* Nam si quis extra morbum aut periculum constitutus, solâ mortalitatis cogitatione donaverit, quamvis postea in morbum vel periculum aliquod incidat, ex eoq; reconvalescat vel liberetur, propterea tamen dissoluta aut revocata non censebitur donatio, cū causa propter quam donavit, mortalitas videlicet, quam nemo exuere potest, adhuc duret, *Jas. in d. l. non omnis. 19. ff. de reb. credit. Clar. d. §. donatio. qu. 25. n. fin. Schneid. ad d. §. 1. n. 22. Bach. ad Treutl. d. th. ult. lit. F.* (3) deniq; revocatur & nuda donatoris pœnitentia, *d. §. 1. Inst. de donat. l. 13. §. 1. ibi: si jam mutata voluntate &c. l. 19. & l. 30. ff. h. t.* quemadmodum & legata sola legantis voluntate rectè revocari constat ex *l. 4. ff. de adim. vel transf. legat. & l. cum hic status. 32. §. pœnitentiam. 3. ff. de donat. int. vir. & uxor. Azo in C. h. t. n. 6. & Dd. comm.* Nec dissentit *Accurs.* ut patet ex *Wesemb. in π. ff. h. t.* Nam *ad d. l. 19. & l. 30. h. t.* expressè statuit, donantis pœnitentia hanc donationem revocari; nec *ad d. l. 13. §. 1.* id negat, sed verba tantum illa: *si jam mutatâ voluntate &c.* de condicione & pacto donationi adjecta interpreta-

pretatur, ut rectè monet *Bach. ad d. th. ult. lit. F.* Revocatur autem hæc donatio non expressa tantùm pœnitentia, sed etiam tacita, puta si donator rem ita donatam postea voluntariè alienaverit, *l. uxori suæ. 22. & d. l. 32. §. si maritus. 5. ff. de donat. int. vir. & uxor.* vel inimicitiæ capitales inter donatorem & donatarium intervenerint, *arg. l. 3. §. ult. & l. 4. ff. d. t. de adim. vel transfer. legat. Jas. in d. l. non omnis. 19. ff. de reb. cred. n. n. 4. inf. Schneid. ad §. 1. de donat. n. 22. Adde Jul. Clar. d. §. donatio. q. fin. n. 2. & 4.* Limitatur hic modus, ut non obtineat, si post pœnitentiam donatorem sine herede decedere contingat, *arg. l. 1. ff. qui sine manumiss. ad libertatem perveniunt. Angel. allegat. à Clar. d. q. ult. n. 3. & Dd. comm. teste Covarruv. d. pr. 3. n. 24.* Verùm *d. l.* diligentius inspectâ ad rem nihil facit, adeoq; limitatione ista juri nostro convenire non videtur, ut agnoscit etiam *Covarruv. & Clar. dd. loc.* In eo tamen inter tres istos modos differentia est, quod prioribus duobus ipso jure solvatur donatio, posteriori hoc non aliter, quam si donãs voluntatem suam declaraverit, ut notat *Giph. ad d. l. 30. n. 7. ff. h. t.* Addunt vulgò & quartum, si videlicet donator damnatus & pœnâ capitis affectus fuerit, *per l. si aliquis. 6. ff. h. t. ibiq; Gloss. Giph. ad d. l. 3. n. 8.* Sed hoc fortassis novo jure correctũ videri poterit, *arg. N. 134. c. ult.* Actio, qua donatio revocatur duplex proponitur in *l. si mortis. 29. & l. seq. ff. h. t.* cõdictio videlicet & rei vindicatio Ubi distinguendũ utrum donator ita mortis causa donavit, ut statim donatarii res fieret, & condictionem causa data causa non secuta competere dicendum est, *l. cum quis. 12. ff. de condict. causa dat. causa non sec.* an verò ita, ut non aliter donatarii fieret, quàm si mors insecuta fuerit, *l. 2. ff. h. t.* & cum hoc casu dominium interim penes donantem maneat, directa in rem actio locum habebit, *d. l. 29. ff. h. t. & arg. l. in rem. 23. pr. ff. de rei vindic.* Sed & priori casu utilis in rem actio competere videtur per *d. l. 29. & 30. ff. h. t. Schneid. ad d. §. 1. de donat. n. 3. & Dd. comm. Giph. ad d. l. 29. ff. h. t. n. 6.* quamvis idem ad *l. seq. in fin.* per actionem utilem in *d. l. 30.* non in rem actionem, sed in factum intelligendam existimet *arg. l. mortis causa. 18. §. si donaturus. 1. inf. ff. h. t. l. senatus. 35. §. ergo. 3. ff. eod.* Quod nos utpote non satis expeditum, meritò in medio relinquimus; maximè cum in vulgata editione expresè utilis in rem actionis mentio fiat.

Præterea & heredi donatoris competit interdictum quod legatorum, si fortè donatarius rem donatam propria authoritate occupaverit. Cum enim mortis causa donatio legatis exæquata sit, *d. l. ult. C. h. t.* ita ut lex Falcidia quoq; in iis locum habeat, *d. l. 5. ad l. falcid. & d. l. 2. C. h. t.* rationis est, ut heredi quoq; ad exemplum legatorum interdictum hoc denegandum non sit. *Cujac. 8. obs. 2. & 10. obs. 28. Trentl. d. th. ult. lit. B in fi.* Nec obstat *l. 1. §. siquis. 5. ff. quod legatorum*, qua in contrarium movetur *Wesemb. in par. ff. d. t. n. 6.* Responderi enim potest eam accipiendam esse de eo casu, quo donatio traditione jam perfecta, & possessio ab ipso defuncto in donatarium translata fuit, cum *Bach. ad d. th. ult. lit. B.* Vel non de interdicto simpliciter, sed de directo tantùm exaudiendam, ita ut utile non excludatur, cum *Mindan. tr. de interdict. p. 2. tit. 17. n. 64. Adde Henr. Andr. Cran. de interd. c. 5. n. 55.* Donatarium quod attinet, contra donatorem nullam ipsi competere actionem expeditum est, cum morte demum confirmetur. & vel nuda voluntate semper revocari possit, ut superius dictum est. Adversus heredes verò donatoris habet vel actionem ex testamento, & vindicationem, si ea testamento vel codicillis facta sit, vel actionem ex stipulatu, vel condictionem ex lege, pro ut vel stipulatione vel nuda conventione facta fuerit, *arg. l. 2. C. h. t. d. l. 35. C. de donat. Covarruv. d. p. 3. n. 17. & 18.* Frustrà dissentiente *Giph.* qui tantum rei vindicationem & actionem ex stipulatu competere existimat *ad d. l. 29. n. 12. & seqq.* Nam ipse neq; testamento, neq; nudo pacto, sed tantùm stipulatione & traditione donationem hanc fieri præsupponit, de qua opinione quid habendum, patet ex iis quæ supra hac de re dicta sunt.

## Superest quinta & postrema ultimarum voluntatum Species, videlicet nuda ejus, à quo quid relictum est, sine testibus & scriptura facta rogatio.

*l. ult. C. de fideicomm & §. ult. Inst. de fideicomm. heredit. Giph. ad l. ult. §. ult. C. de codicill. eumq; secuti Argentorat. ad d. t. ff. n. 21.*

dupli-

duplicem rogationem constituunt, unam qua heres testamento scriptus, sine scriptura & testibus, secundum *d. §. ult. de fideicomm. hereditatib. & d. l. ult. C. de fideicomm.* alteram, qua legitimus successor sine scriptura, sed testibus adhibitis, de hereditate vel re aliqua restituenda rogatus est, *l. quando. 24. §. ex testamenta 11. ff. de fideicomm. libert. l. ex testamento. 29. C. d. t. de fideicomm.* Verùm posterior hæc à Codicillis, aut certè clausula codicillari differre non videtur, ut *ex textibus ipsis* haut difficulter colligitur. Sola igitur prior rogatio separatam voluntatem ultimam constituit, quando videlicet heres, vel alius cui à defuncto quid relictum est, sine scriptura & testibus rogatur, ut hereditatem vel rem aliquam alteri restituat, *d. §. ult. & d. l. ult. C. de fideicomm. Ubi Gloss.* varios sensus & intellectus quidem refert, sed duo præcipuè à Dd. recipiuntur, ut notat *Sichard. ad d. l. ult. pr.* ubi simul addit, se nunquam vidisse eam practicari. Prior intellectus est, *Johann. Glossatoris antiqui*, quod in pœnam mendacii hoc ita constitutum sit, ut si fortè heres quisquam à se relictum negaverit, juramentum ipsi deferri possit, adeoq; vel jurare, vel relictum solvere necesse habeat, etiamsi aliàs neq; scripturâ neq; testibus id probari possit: quæ interpretatio juvatur *d. §. ult. ibi: postquam negaverit, Inst. de fideicomm. hereditatib.* & probatur post alios etiam à *Schneid. ad d. §. ult.* Posterior verò est, si defunctus, cum vel antea jam fecisset testamentum, vel nullum facere vellet, rogaverit heredem præsentem, ut hereditatem vel rem aliquam alteri restitueret, *arg. l. judicante. 4. extra de testam. Gloss. ad d. l. ult. & Dd. comm. teste Jas. ad d. l. ult. & Sich. n. 15.* Plures interpretationes refert & examinat *Hyeron. Pantschmann. lib. 2. Quæst. jur. controv. q. 7.* quæ ibidem videri possunt. Verùm prior interpretatio si admittatur, ferè nullius momenti erit hæc Justinian. decisio, quippe heres, cui de imperfectione & defectu testium constat, semper eam allegabit, & relictum fatebitur, *Pantschm. d. q. 7. n. 14. & Bach. ad d. §. ult. Inst. de fideicomm. heredit.* Nec obstant *d. §. ult. verba: postquam negaverit &c.* quoniam responderi potest, vel ea à *Theophilo* & multis exemplaribus, imò ipsa *l. ult. C. de fideicomm.* abesse, *ut notat Hotom. ad d. §. ult. & Pantsch. d. q. n. 15.* vel ea ex præced. istis: *si heres perfidiâ tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam &c.* expli-

plicanda esse, ut sive heres fateatur, sive neget, solvere relictum, vel jurare nece'se habeat, *d. l. ult. C. de fideicomm.* Posterior igitur intellectus præferendus videtur, hoc tamen addito, ut procedat *d.l.ult.* dispositio, etiamsi fortè testator testamentum solene confecerit, & heres illud supprimere conatus fuerit: quippe & hoc casu fidem heredis eligere & jusjurandum ipsi deferre poterit fideicommissarius per *d. l. ult. Pantschm. d. q. 7. n. 27.* Quamvis hoc casu separata ultima voluntas dici haut possit, sed in testamentum satis manifestè incidat. Non obstat *d. l. ult. §. ult. C. de codicill. & d.l.ult.C.de m.causa donat.* quæ in quavis ultima voluntate ad minimum 5. testes requirunt. Respondetur enim non quidem socordiæ Triboniani hoc adscribendum esse cum *Bach. ad d. §. ult.* nec etiam *dd. textibus per l. hanc ult.* derogatum esse, quò ferè inclinat *Pantschm. d. q. 7. n. 27.* sed in dd. & similib. textibus reg. contineri, à qua casus *h. l. ult.* favore ultimarum voluntatum & odio heredis adimplere recusantis exceptus sit. Adde omnino *Pantschm. d. q. 7. & Bach. ad d. §. ult.* qui tamen quæstionem hanc absurdam esse, & omnes testamentorum solennitates convellere existimat. Quæritur hîc (1) An hæc constitutio in legatis & mortis causâ donationibus locum habeat: & deinde, annon heres, cui jusjur. delatum est, id referre fideicommissario possit, secundum *l. manifestæ. 38. ff. de jurej?* Et quoad quæstionem priorem de legatis quidem res expedita est, cum ea fideicommissis per omnia & in omnibus exæquata sint, *l. 2. C. comm. de legat.* De mortis causa donationibus fortassis aliud dicendum: cum exorbitans hæc & nova *Justin. constitutio* temerè extendenda non videatur, *Bald. ad d. l. ult. n. 26. & Sichard. n. 13.* Quoad posteriorem verò post *Salicet.* existimat *Sich. n. 10.* Et hic legatario vel fideicommissario heredem jusjurandum referre posse, *arg. l. jusjurandum. 34. § datur autem. 7. ff. de jurejur. Joh. Vaud. 2. var. quæst. juris. q. 14.* Sed contrarium tenet *Gloss. in verbo: subire. ad d. l. ult. & Dd. comm.* Non obstat *d. l. 34. § 7.* quoniam ea in iis procedit, quæ uterq; litigantium pariter scire potest. Hic autem actor arguit, id fidei heredis commissum esse in cujusmodi terminis relationi locus non est, *arg. l. 11. Marcellus. §. pen. & ult. & l. seq. ff. rer. amot. Eguin. Bar. Mynf. & Wes. ad d. §. ult.*

# COMMENTARIUS EJUSDEM AD LIBRI VI. CODIC. TIT. DE SUIS ET LEGITIMIS LIBERIS &c.



AD intelligendam Succeſſionis ab inteſtato materiam, de hereditate & modis eam deferendi pauca quædam præmittenda ſunt. Eſt autem hereditas nihil aliud, quàm Succeſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil. 24. ff de V. S. l. hereditas. 62. ff. de Reg. jur.* De cujus definitionis intellectu, & ſenſu verbi Succeſſionis, variant Interpp. ut videre eſt apud *Gœdd. add. l. 24.* Nos pro ipſo jure accipimus, quod in locum defuncti ſuccedit, ejusq; perſonam repræſentat, *arg. §. ſervus autem. 2. Inſt. de hered. inſt. l. non minus. 31. §. 1. ff. eod. t. l. hereditas. 34. ff. de adquir. rer. domin. Don. 6. comm. 2. ibiq; Hillig. lit. D.* Adde *Phil. Matth. ad d. l. 62. Duar. ad t. ff. de adquir. vel omitt. hered. Valent. Forſt. de ſucceſſ. lib. 2. c. 1. & 2.* Non obſt. *l. novatio. 24. in f. ff. de novat.* ubi interim heredis perſonam ſuſtinere dicitur, Reſpondet enim *Accurſ.* verbum *cujus*, quod ibidem habetur, non referendum eſſe ad proximius vocabulum *heredis*, ſed ad remotius *promiſſoris*; qua interpretatione admiſſa, & in *d. l. 24. de novat.* hereditas defuncti, non heredis perſonam ſuſtinebit. *Ant. Fab. in Juriſpr. Pap. t. 2. pr. 5. illat. 3. Gsph. ad l. hereditas. 61. n. 2. de adquir. rer. domin.* Alii diſtingunt inter ea quæ ſunt juris & ea quæ ſunt facti ex *d. l. 61. ff. de adquir. rer. domin. & l. ſi ex re. 28. §. ult. ff. de ſtip. ſervor. Hotom. 3. obſ. 19.* Alii ita rem componunt, ut ſi eventus aditæ hereditatis conſideretur, hereditas perſonā heredis repræſentet, quoniā aditæ hereditatis tempus cum tempore mortis continuetur, *d. l. 28. §. ult. ff. de ſtipul. ſerv.* Si verò ipſum inſtans & incertus heredis eventus attendatur, hereditas defuncti perſonam repræſentet, *per d. l. 34 de adquir. rer. domin. & alios textus. Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 14. th. 1. lit. B.* Defertur

autem hereditas vel ex testamento, vel ab intestato. §. *fin. per quas person. cuiq; adquir. l. 1. 2. & 3. ff. de hered. petit. l. in plurium. 70. ff. de adquir. vel omitt. hereditate.* Nam partis hereditatem jure nostro non dari expeditum est *per l. 5. C. de pact. convent. l. fin. C. de pact. l. 4. de inutil. stipulat. l. stipulatio. 61. ff. de V. O.* Rationem vulgo reddunt, quod pactiones vel stipulationes de hereditate interpositæ contra bonos mores sint, *d. l. 6. de V. O. d. l. 4. C. de inutil. stipul.* dum vel testamenti factionem impediant, contra favorem testamentorum publicum *l. 1. C. de SS. Eccles.* vel libertatem testandi constringant, *d. l. 61. de V. O. & l. 1. C. si quis aliquem testari prohibuerit & coëg.* vel deniq; votum captandæ mortis inducant. *d. l. fin. C. de pact.* Verum quemadmodum postrema hæc ratio ad ea tantùm pacta, quæ de hereditate tertii non consentientis concipiuntur, pertinet *d. l. ult.* ita priores absq; difficultate non transeunt, dum universorum bonorum donatio æquè ac pactum futuræ hereditatis liberam testamentifactionem impedit, & tamen ex veriori Dd. opinione jure licita est, *l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* cũ similib. nec usquã contra bonos mores esse dicitur, *Coras. 6. miscell. 17.* Dicendum igitur videtur, propterea partis hereditatem dari non posse, quoniam jure Civili certi modi inducti sint, quib. successiones deferantur, testamentum videlicet & lex, â quibus modis pacta & stipulationes toto genere differre constat. *Bocer. de jur. hered. in feud. c. 2. q. 1. Bach. de pact. c. 5. n. 69. Petr. Heig. p. 1. q. 23.* Excipiuntur jure nostro duo casus, quorum 1. est si milites in prælium ituri de mutua successione pacti sint. *l. licet. 19. C. de pact.* id quod speciali ita favore militum constitutum est: alias ne reciproca quidem facta successoria valere verius est: Quãvis aliud visum *Geil. 2. obs. 126. n. 2.* Alter casus est, si is de cujus hereditate agitur, consenserit, & in ea voluntate ad externum vitæ halitum perseveraverit, *d. l. fin. C. de pact. Adde Treutl. vol. 1. D. 6. th. 8. ibiq; Bach.* Et de testamento quidem & tota ultimarum voluntatum materia singulari tractatu pro instituti ratione superiorib. tẽporib. egimus. Conseq. jam est, ut de ea, quæ citra defuncti voluntatem legis solius authoritate defertur paucis quoq; tractemus. Ubi cur de successione ab intestato (quam tamen testamentaria naturâ

priorem

priorem esse constat) posteriori loco tractetur, ratio esse videtur expressa testatoris volũtas, quæ tacitæ & legis dispositioni merito præferri debuit, *l. quamdiu. 39. ff. de adquir. vult. l. quamdiu. ejus. ff. de R. J. l. antequam. 8. C. communia de Success.* quemadmodum & alias provisio hujus, legis provisionem non raro cessare facit. *l. pen. C. de pact. convent. Bach. de grad. p. (mihi) 149.* Adde *Ferd. Vasq. de success. creat. lib. 1. in præfat. 13. & 14. Harpr. ad pr. Inst. de heredit. quæ ab intest. n. 5. & 6.* Vocatur hæc propriè & in specie legitima. Nam in genere & largiori significatione etiam testamentariam non impropriè legitimam dici posse. quatenus videlicet & ea lege 12. tabb. confirmatur, patet ex *l. lege obvenire. 130. ff. de V. S.* Dicitur etiam justa hereditas, in *l. 3. §. 2. ff. pro Soc.* Unde cum legitimæ, aut justæ hereditatis (nec enim distinguimus cũ *Alc. ad d. l. 130. de V. S.*) fit mentio, hæc sola intelligitur, *d. l. 3. §. 2. pro socio. Gadd. ad d. l. 130 de V. S. n. 6. Nicol. Bellon. 3. supput. jur. c. 7. d. 5. Fachin. 6. contr. 41. Forst. de success. lib. 1. c. 18. Diodor. tulden. ad hoc tit. nr. 5.* V. gr. Si cui fortè emphyteusis pro se & legitimis heredibus concessa fuerit, non testamento instituti, sed ab intestato venientes intelligendi videntur, *arg. rubr. & tot. tit. C. de legitim. heredib. & d. l. 3. §. 2. ff. pro soc.* Nõ obstante eo, quod omnis contrahẽs heredibus suis, sive testamẽtô instituti, sive legitimi fuerint, prospexisse credendus sit, *l. si pactum. 9. in f. ff. de probat. ibiq. Gloss. & Dd.* & quod testamentarii quoq; legitimi heredes non impropriè appellentur, *d. l. 130. ff. de V. S.* ibiq; *Alciat. n. 4. & lib. 4. paradox. c. 7. Costal. ad d. l. 3. §. 2. ff. pro soc.* Nam reg. illa procedit, quando simpliciter vel planè heredum facta est mentio, *arg. c. duo patres de duobus fratrib. à capit. investit. 2. F. 18.* non autem, quando expresse & nominatim legitimis heredibus concessio facta est, quos ab intestato venientes, non testamentarios esse patet ex iis, quæ supra dicta sunt: nisi in generaliori & laxiori significatione, *d. l. 130. de V. S.* quæ autem hic attendenda non est, cum in dubio verba semper propriè accipienda sint, *l. non aliter. 69. pr. ff. de legat. 3.* Nec movet, quod affectio non ex persona concedentis, sed accipientis inspicienda sit, *Arius Pinell. ad l. 2. C. de bon. mater. n. 10.* Respondeo enim in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium volun-

tatem spectandam esse, adeòq; hic non accipientis tantum, sed etiam concedentis, *l. non solum. 31. ff. de O. & A.* neq; accipienti (dum pro se & legitimis heredibus accepit) aliam fuisse mentem credendum est, quam ut ad legitimos sive ab intestato venientes heredes, non ad testamentarios emphyteusis pertinere debeat, qui aliàs quoq; sibi imputare debet cur non apertius legem contractui dixerit. *arg. l. veteribus. 39. ff. de pact.* Præterea ab intestato venire in hac rubrica dicuntur omnes ii, qui citra aliquam defuncti ordinationem ad successionem vocantur, sive is testamentum omnino non fecerit, aut non jure fecerit; sive id quod fecerat, ruptum, irritumve factum fuerit; Sive nemo ex eo heres extiterit. *pr. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. def. & l. 1. pr. ff. de suis legit.* Sive etiam per querelam inofficiosi vel bonorum possessionem contra tabb. infirmatum testamentum fuerit, *l. ut liberis. 17. C. de collat.* Quamvis enim nec querela hæc, nec bonorum possessio aliter, quam testamento ritè condito locum habere possit, *pr. Inst. de inoff. test. §. Sunt autem 1. Inst. de bonor. possessionibus,* ubi bonorum possessio contra tabb. ad eas quæ ex testamento sunt, à Justin. expressè refertur, tamen id propterea tantùm fit, quoniam testamentum semper præsupponunt, aliàs utroq; casu res ad causam intestati reducitur, & aliàs ab intestato venientes ad successionem vocantur. *d. l. 17. C. de collat. Don. 9. comm. 1. Adde Eguin. Bar. ad pr. Inst. d. t. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* Ubi in dubium vocari solet, quid de pupillis, furiosis & prodigis sentiendum, quos testamentifactionem non habere expeditum est, *§. præterea. 1. & §. 2. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* an & hi intestati, an verò intestabiles dicendi, & intestatorum appellatione contineantur? Et intestabiles quidem dici non posse, vel ex eo patet, quod intestabiles jure nostro appellentur ii, quibus propter delictum aliquod & testimonii dictio & testamentifactio ademta est, quiq; adeò intestabiles esse jussi sunt, *l. cum lege. 26. ff. qui test. fac. poss. l. ob carmen. 21. ff. de testib. l. 5. §. si quis. 9. ff. de injur. Vigl. Zuichem. ad §. testes. 6. Inst. de test. ordin. n. fin. & Bach. n. 3. Forst. de Success. lib. 3. c. 2.* Sed nec intestati propriè dici posse videntur, tum propter *l. 1. ff. de suis & legitim.* tum quod testamenti faciendi jus non habeant, proindeq; nec intestati sint, cum

privatio ſemper præſupponat habitum, *arg. l. manumiſſiones. 4. ff. de juſt. & jur.* Verum cum duo tantum ſint deferendæ hereditatis modi, teſtamentū & legis diſpoſitio, pupilli autem furioſi & ſimiles teſtamento condito decedere nequeant, fatendum utiq; eſt, inteſtatos eos decedere, & conſeq. etiam in ſtatutis inteſtatorū appellatione venire: quippe in ſtatutis verba non ſemper propriè, ſed ſecundum uſum communem loquendi accipienda ſunt *arg. l. cum lanionis. 18. §. item 3. ff. de inſtruct. & inſtrum. legat. Everh. in Topic. ab opinione vulgi. n. 4.* Idq; hoc loco eo magis, quo habitum ſaltem potentiâ his perſonis ineſſe, (ut remoto obſtaculo teſtari poſſint) negari non poteſt quemadmodum & in *d. l. 1. de ſuis & legit.* in uſu juris, pro inteſtatis eos habendos eſſe ſatis expreſsè ſcriptum eſt. *Gœdd. ad l. inteſtatus. 64. n. 4. ff. de V. S. Forſt. d. l. 3. c. 4. Hillig. ad Don. 9. comm. 1. tit. l. Fachin. 4. contr. 74. Treutl. vol. 2. D. 16. th. 1. lit. A. lit. A. A. ibiq; Bach.* Deniq; ad rubricam hanc notandum, in allodialibus utramq; ſucceſſionem tam ex teſtamento, quam ab inteſtato locum habere, in feudis autem ordinario jure tantùm ſucceſſionem legitimam ſive ab inteſtato in uſu eſſe, ceſſante diſpoſitione teſtamentaria *per textum expreſſum in c. ſequitur in f. pr. de ſucceſſ. feud. 1. F. 8.* Ratio eſt quoniam legatum & omnis teſtamentaria diſpoſitio alienatio quædam eſt, *l. dotalem. 16. ff. de teſt. milit. l. 1. §. 1. ff. ſi quid in fraudem patroni &c.* feudum autem alienari prohibitum. *c. eſt autem & c. qualiter. olim poter. feud. alien. 2. F. 9. c. Imperialis. de prohibit. feud. alien. per Lothar. 2. F. 52. & c. Imperialem. 2. F. 55.* ne vel domino invito alius vaſallus obtrudatur contra *c. ſi duo. de fratib. de nov. benef. inveſtit. 2. F. 12.* vel jus filiis & agnatis in prima inveſtitura quæſitum, ſine culpa illorum auferatur, contra *l. id quod noſtrum. 11. ff. de R. J. Schneid. de feud. p. 6 n. 4. n. 4. Vult. lib. 1. c. 9. n. 70. & ſeqq. Jan. ab Arcedur. c. 4. concl. 3. n. 3.* Et hæc regula procedit non tantùm quoad extraneos, ſed etiam ipſos, qui in prima inveſtitura ad ſucceſſionem vocati ſunt, ut vaſallus neq; uni ex filiis feudum adſignare, neq; ullo modo ordinem vel naturā ſucceſſionis mutare poſſit, *per textum expreſſ. in d. c. ſequitur inf. pr. 1. F. 8. ibiq; And. de Iſern. n. 1. Jac. Alvan. n. 1. illuſtr. Schenk. Baro à Tautenb. n. 5. & Dd. comm. teſte Roſenth. tr. feud. c. 7.*

*concl. 3.* Frustra dissentiente *Paul. de Castr. cons. 163.* quem citant & refellunt *Curt. tr. feud. p. 4. n. 131. & Jacob. de S. Georg.* §. *& cum pacto, quod de ipso. &c. n. 93.* 2. adeò vera est prædicta regula, ut Vasallus feudum ne quidem pro anima judicare, sive ad pias causas legare possit. *c. est autem* §. *donare. 2. F. 9. d. c. imperialem. pr. 2. F. 55. And. de Isern. Bald. Alvar. & Schenckc. ad d.* §. *donare Jac. de Ardiz. c. 124. Joh. Blanch. lib. 2. c. 1. n. 31. & Dd. comm. teste Vult. d. c. 9. n. 71.* Quamvis enim aliàs Ecclesiis & piis causis plurima privilegia à Principibus indulta sint, *l. generali 13. l. illud. 19. C. de SS. Eccles.* nec verosimile videatur, Imp. tot. jura in favorem Ecclesiæ concessa, uno quasi verbo tollere voluisse, *arg. l. si quoniam. 36. pr. C. de inoff. test. Hostiens. in Summ. t. de immunit. Eccl.* §. *quibus. vers. sed non est. & c. & alii allegati à Jacobo de S. Georg. d.* §. *& cum pacto. n. 5. Schrad. de feud. p. 7. c. 2. n. 4. in f.* ubi legatum ejusmodi saltem de æquitate Canon. valere existimat, tamen privilegia ista ad læsionem tertii, & jus domino atq; agnatis quæsitum auferendum, extendenda non sunt. *arg. l. 7. C. de precib. Imp. offer.* neq; solet Ecclesia tanquam cultrix & conservatrix justitiæ quicquam admittere, quod justitiæ contrarium est *c. si clientulus vers. Ecclesia. de alien. feud. 1. F. 13. Schenck. ad d.* §. *donare. n. 2. Adde Jac. de S. Georg. d. n. 5. & Curt. d. p. 4. n. 125.* Tertiò ne Pr. quidem authoritate confirmatum ejusmodi testamentũ valet, cum nec Princeps jus quæsitum cuiquam auferrre possit, *arg. l. si. testamentum 10. C. de test. l. nam. & ita 39. ff. de adopt. Sonsbecc. de feud. p. 13. n. 133. Rosenth. d. c. 7. concl. 4. n. 1.* Non obstante *l. 3.* §. *1. & 2. ff. de bon. libert.* qua in contrarium movetur *Hotom. ad d. c. sequitur. inf. pr. 1. F. 8. Jac. de Ardiz. d. c. 124. in f.* quoniam Pr. libertum quidem natalib. restituere, aut liberam ei testamẽti factionem concedere potest, sed non aliter id facere solet, quam consentiento patrono, cui injuria fieri non debet *l. 3. in f. l. 4. & l. fin. ff. de natal. restit.* Tandem ex his inferunt, si forte vasallus de facto alicui feudum per legatum vel fideicomm. reliquerit, id adeò invalidum esse, ut nec æstimatio quidem debeatur, tum per textum *in d. c. sequitur in f. pr. 1. F. 8.* tum quod feudum extra commercium sit *d. c. imperialem. vers. nos autem 2. F. 55.* cujusmodi rerum ne æstimationem quidem deberi expeditum,

*l. cum*

*l. cum servus. 39. §. fin. ff. de legat. 1. l. mortuo bove. 49. §. Labeo. 2. ff. de legat. 2. Bald. in d. c. est autem. § 1. n. 3. & 4. Alvar. n. 11. Schenck. n. 5. Jul. Clar. 4. sent. §. feudum. q. 40. n. 4. Jan. ad Arcedur. d. concl. 3. n. 61. & seqq. & Dd. comm. teste Geil. 2. de pac. publ. c. 14. n. 5.* Verũ quemadmodũ textus sæpius allegatus in *c. sequitur. 1. F. 8.* ipsũ feudum concernit, non æstimationem ejus, quam allodialem esse constat, ita feudum simpliciter extra commercium nõ est, cum consentiente domino & agnatis validè alienari posse extra controversiam sit, per *c. imperialis. pr. de prohib. feud. alien. pro Lothar. 2. F. 52.* adeòq; in theoria fortassis verius est, legatum ejusmodi tanquam rei alienæ hactenus subsistere, ut heres bonorum allodialium redimere feudum, si justo pretio possit, *arg. l. non dubium. 14. §. ult. ff. de legat. 3.* Sin minus, æstimationem præstare necesse habeat *§. non solum. 4. Inst. de legat. ibiq; Joh. Fab. in f. Franc. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 9. th. 11. n. 8. Hunn. tr. Feud. c. 10. p. 107. Valent. Riem. illustr. quæst. Dec. 7. q. 1. Adde Sonsbecc. p. 12. n. 87. & Rosenth. d. c. 7. concl. 2.* Excipiuntur tamen casus quidam, quib. in feudis testamentaria dispositio locum habere potest: veluti 1. Si consuetudine introductum, ut vasallus sine consensu domini & agnatorum de feudo disponere possit, *arg. §. pen. Inst. de jur. nat. gent. & Civil. l. de quib. 12. ff. de Legib. §. Nos Romanorum. de pac. Constant. Bald. ad d. c. sequitur. pr. 1. F. 8. n. 9. Schenck. n. 7. & 8. Jac. de S. Georg. §. & cum pacto de non alienando. n. 16. Curt. d. p. 4. n. 110. Borch. p. 8. n. 75. Rosenth. d. c. 7. concl. 8. n. 1. & Dd comm. teste Clar. d. §. feudum. q. 31. n. 12.* Et hujusmodi consuetudinem in Gallia receptam esse, testatur *Rebuff. in arb. feud. vers. quinto feudum &c. Duar. de feud. c. 12. n. 2. inf.* Sic quoq; feuda Onoldinæ curiæ in triente, Bambergensis in semisse, Würtenbergensis in besse cum consensu domini in præjudicium agnatorum alienari; & in Silesia atq; Marchia cum ejusdem domini consensu executioni obnoxia esse, docet *Andr. Knich. de investitur. pact. c. 2. n. 166. & ex eo Jan. ab Arcedur. d. concl. 3. n. 8.* 2. Si statuto alicubi testamentaria dispositio permissa sit, *arg. §. jus autem 1. Inst. d. t. de jur. N. G. & C. & l. omnes populi. 9. ff. de just. & jur.* Idq; tam in Ecclesiastico, quam seculari feudo obtinere verius est: quoniam statutum hoc non persona-

cleris

clericorum sed res in territorio statuentiũ sitas concernit; cujusmodi statuta sustineri patet ex iis, quæ habet *Geil. 2. obs. 32. n. 15. & seqq.* modò ab iis, qui jus statuendi habent, & sciente ac confirmante Pr. facta fuerint, *arg. l. 3. §. Divus. 5. ff. de sepulch. viol. Schneid. ad §. 3. Inst. de N. G. & C. n. 14. Adde Rosenth. c. 9. membr. 1. concl. 59. n. 14.* 3. Si in prima investitura vel expresse vel tacitea-ctũ sit, ut testaméto de feudo disponere liceat *arg. c. si duo. ibi: nisi facta fuerit eo pacto. & c. 2. F. 12. & c. si quis. de feud. nat. 2. F. 48. Vult. d. c. 9. n. 80. Schrad. d. p. 7. c. 2. n. 13. Adde Rosenth. d. c. 9. membr. 1. concl. 40.* 4. Deniq; si testamentum de feudo consensu domini & agnatorum factum fuerit. *arg. c. quia supra. §. 1. quib. mod. feud. amitt. 1. F. 5. & c. alienatio. de alienat. patern. feud. 2. F. 39.* Quamvis enim consensus domini catenus sufficiat, ut feudum non committatur, sed alienatio ipso jure subsistat, *arg. d. c. imperialem. pr. ibiq. Dd. Curt. d. p. 2. n. 136. Rosenth. d. c. 9. membr. 1. concl. 38.* tamen cum jus agnatis in prima investitura quæsitum facto alterius auferri nequeat, & illorum consensus omnino exquirendus est. *d. c. alienatio. 2. F. 39.* aliàs feudum etiã voluntate domini alienatum, mortuo alienante, revocare agnati poterunt. *arg. d. c. alienatio. & c. cum de re. §. è contrario. inf. de investit. de re al. fact. 2. F. 8. And. de Isern. ad d. c. sequitur §. hos quoq. n. 5. Alvar. n. 1. inf. Schench. n. 9. & Dd. Comm. teste Rosenth. d. c. 9. membr. 2. concl. 67.* Adde *tr. nostrum de Success. feud. c. 5. ubi plurib. ea de re egimus.*

## Ad L. I.

Hæc l. fugitiva & aliena ab *hoc lit.* videtur: quippe rubrica de liberis & descendentib. nigrum sive textus ipse de agnatis sive collateralib. aperte loquitur. Verum ea propterea fortassis initio tractatus hujus de Successione ab intestato posita est, ut discrimen inter jus Civile & Prætorium intelligeremus. Jus enim Prætorium temporale est, jus Civile perpetuum, *pr. Inst: de perpet. & temp. action. l. in honorariis. 35. ff. de obl. & act.* Unde si quis legitimo tempore (quod in agnatis & cognatis centum dies sunt, in liberis & parentibus annus, *§. cum igitur. 4. Inst. de bon. poss. l. 1. §. 9. & §. 12. ff. de Success. edict.*) bonorum possessionem agnoscere neglexerit,

tit à legitima tamen hereditate non excluditur, *h. l. nostra juncta l. 2. supra qui admitt. ad bon. poss. possunt. &c.* Ratio est quoniam tempus istud bonorum possessionibus præfinitum est, non hereditatibus, ut ex libr. Basyl. notat *Gothofr. ad d. l. nr. Adde Cujac. in rr. ad h. tit. nostrum.*

## Ad L. Nepotes. 2.

In successione ab intestato primo loco vocantur sui ex *l. 12. tabb.* & qui cum suis ex constitutionibus Impp. admittuntur, ut apparet ex *tit. Inst. de hereditat: quæ ab intest. defer.* Ubi notandum suos vel naturales & legitimos esse, vel legitimos tantùm, sive adoptivos, *§. minus ergo. & seqq. aliquot Inst. d. t. l. 5. h. l. nostra.* deinde vel jam natos, vel posthumos, *l. 4. h. t.* 3. vel primi gradus, ut filii & filiæ, vel ulterioris, ut nepotes, pronepotes & alii deinceps. *h. l. nr. & l. seq. h. t.* 4. Successionem inter descendentes sive liberos fieri vel in capita, vel in stirpes, *d. h. l. nr.* prout vel pro partib. virilibus, ut tot fiant hereditatis partes, quot sunt personæ succedentes, vel in stirpes vocantur, ut quotquot sunt ex uno filio, tantùm accipiant, quantum pater eorum accepturus fuisset. §. *cum filius 6. Inst. d. t. l. Papinianus. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. test. N. 118. c. 1. Don. 9. comm. 1.* Deniq; divisionem in capita inter eos, qui æquali & proprio suo jure ad hereditatem vocantur, in stirpes verò inter eos qui alieno & repræsentationis jure succedunt, locum habere, *d. §. 6 Inst. eod. t. Ulp. in fragm. t. 26. §. 1. Caj. 2. Inst. t. 8. §. 2.* His ita præmissis h. l. nostræ declaratio, & dubitãdi atq; decidẽdi ratio obscura non erit. Decidunt *Impp. Dioclet. & Maxim.* Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo non in capita, sive pro virili portionibus, sed in stirpes succedere. *d. §. 6. Inst. de hereditatibus. quæ ab intest. & §. ult. inf. eod. t.* Dubitandi ratio est, quod omnes nepotes eodem gradu constituti sint, adeoq; suo proprio non alieno jure ad successionem avi vocentur; qua ratione moti compilatores reformationis Noricæ Nepotes avo non in stirpes, sed in capita succedere voluerunt, & videre est, *t. 34. l. 4. §.* wenn aber *&c.* Sed decidendi ratio expedita est, imò Nepotes semper, sive soli sint, sive cum liberis primi gradus concurrant, non suo proprio jure, sed

in locum proprium suorum succedere, adeoq; non viriles partes, sed tantùm, quantum parentes eorum si vixissent, accipere, *d. §. 6. Inst. de heredit atib. quæ ab intest. Ulp. d. t. 26. §. 1. Caj. d. t. 8. §. 2.* Illud fortassis frustra hic monetur, decisionem *l. nostræ* non aliter procedere, quam si nepotes ex diversa stirpe (puta duo ex uno filio, tres vel quatuor ex altero) fuerint, de quo casu expresse textus conceptus est. Nam si ex uno filio tres nepotes extiterint, eos in capita, non in stirpes succedere docet *Borch. de grad. p. 175. in f. cum seq.* Sed ut dixi frustra, cum hoc casu nec repræsentatio ulla, nec stirpium diversarum consideratio locum habere possit: quippe omnes ex uno filio descendunt, & portionem ejus æqualiter inter se merito dividunt. Procedit autem *l. nostræ* decisio non tantùm in nepotibus, sed etiam pronepotib. & aliis descendentibus, quos ipsos etiam, si fortè ex diversis nepotibus aliisve descendentibus varii numeri concurrant, adscendentibus non in capita, sed in stirpes succedere dicendum est, *d. §. 6. & d. §. ult. Inst. de heredib. quæ ab intest. defer.* Deinde non tantùm in allodialibus, sed feudis quoq; obtinet, ut nepotes ex diversis filiis varii numeri avo non pro virilibus portionibus, sed in stirpes succedant, *arg. c. per successionem. de success. fratrum. vel gradib. succed. in feud. 2. F. 11.* quandocunq; enim aliquid jure feudali expresse decisum non est, jus Civile sequimur. *c. Obertus. in f. pr. de feud. cognit. 2. F. 1.* quo nepotes avo in stirpes succedere expeditum est. *§. fin. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. defer. N. 118. c. 1. Bald. ad h. l. nostram. 4. Borch. de feud. c. 7. p. 2. n. 46. Vult. de feud. lib. 1. c. 9. n. 100.* Deniq; & jure Saxonico idem dicendum est: quoniam nusquam contrarium decisum reperitur, adeoq; jus commune merito sequendum, *arg. l. si extraneus. 6. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* cum alias quoq; statuta ita intelligenda sint, ut quam minimum à jure communi recedant, *arg. l. un. C. de inoff. don. Schneid. ad d. t. de hereditatibus quæ ab intest. defer. t. de success. filior. nat. & legit. simul. v. ult.*

## Ad L. ut intestato. 3.

Nepotes si soli fuerint avo ab intestato defuncto succedere ex *præced. l.* satis constat. An ergo alia fortè ratio, quando iidem cum

cum liberis primi gradus concurrunt, propter notissimam juris regulam, quod propior in gradu remotiorem à successione excludat *§. si plures. 5. Inst. de legit. agnat. success.* Sed aliud decidunt Imperatores in *h. l. nostra.* videlicet defuncti filiū ac nepotem ex alio, pariter avo quoq; succedere. *d. §. cum filius. 6. Inst. de hereditatib. quæ ab intest.* Ratio decidendi ab Imp. Justin. redditur, quoniam æquum videatur, nepotes neptesq; in locum patris sui succedere. *d. §. 6. & d. N. 118. c. 1.* Non obstante *d. reg. §. 5. Inst. de leg. agnat. success.* (quæ ad collaterales, non descendentes pertinere ex ipso textu & rubrica facile colligitur) in descendentium enim ordine gradus non attenditur, sed remotiores cū propioribus jure repræsentationis admittuntur. *d. §. 6. & d. N. 118. c. 1.* Procedit autem reg. & decisio legis nostræ non tantùm lege 12. tabb. sed etiā jure honorario sive Prætorio, quod nepotes cum liberis primi gradus ad bonorum possessionem unde liberi admittit *h. l. n. ibiq; Gloss. per. versic. aliquando tamen Inst. de bon. poss.* quemadmodum aliàs quoq; Prætor tanquam viva juris Civilis vox, illud adjuvare vel supplere solet. *l. jus autem 7. & l. seq. ff. de just. & jur.* 2. locum habet d. decisio non tantum in nepotibus, sed etiam pronepotibus & cæteris deinceps descendentibus, ut & hi licet remotissimi cum proximis ad successionem admittantur propter jus repræsentationis, quod in infinitum usq; porrigitur *per textum in §. fin. Inst. d. t. de hereditatibus quæ ab intest. ibi: & alias deinceps personas &c. & d. N. 118. c. 1. ibi: aut alios descendentes.* Quamvis enim in *d. §. filius. 6. eod. t.* nepotum tantùm & pronepotum fiat mentio, *Angel. Aretin. ad d. §. 6. n. 1. ibiq; Mynf. Bart. ad l. 1. §. sed si quis. ff. de suis & legit.* tamen id exempli causa fieri ex textib. allegatis satis apparet, ex quib. *d. §. 6.* meritò supplendus est, maximè cum & ratio in isto textu proposita, (quod liberi in locum parentum succedant) generalis sit, & ad omnes descendentes in infinitum pertineat. *Eguin. Bar. ad d. §. fin. de hereditatib. quæ ab intest. &c. Schneid. d. c. de success. filiorum. nat. & legit. n. 21. & 22. Forst. lib. 4 de success. c. 21. Hillig. ad Don. 9. comm. 2. lit. S. Dn. Conr. Rittersh. ad Novell. part. 7. c. 4. n. 15. & Dd. comm.* 3. etiam in feudis obtinet per *textum in c. quia §. hoc quoq; 1. F. 1. & c. de natur. success. 2. F. 50. And. de Isern. & Alvar. ad d. c.*

 quia

*quia. 1. F. 1. Jacob. de S. Georg. §. præsentes. n. 5. Curt. part. 3. membr. 2. n. 1. Borch. c. 7. p. 2. n. 87. & Dd. comm. teste Clar. d. §. feudum. q. 70. n. 1.* Deniq; nec jure Saxonico aliud statutum reperitur, sed & eo nepotes ex filia cum filiis per jus repræsentationis admittuntur. Non obstante *textu art. 5. lib. 1. pr.* Landrecht. &c. quoniam is jure novo sublatus est, monente *Gloss. in d. art. 5.* Idq; usu in judiciis Saxonicis servari testatur *Hieronym. Schurff. cent. 1. consf. 73. n. 1. & 2. & ex eo Schneid. d. c. n. 15. inf.* Limitatur verò, ut non procedat, quando statuto contrarium inductum & nepotes per filios exclusi sunt: Cujusmodi statutum refert & tuetur *Schurff. d. cent. 1. consf. 21.* ubi videri potest.

## Ad L. intestato. 4.

Diximus *supra ad l. 2. h. t.* ex l. 12. tabb. ab intestato primo loco suos vocari. Id quod non tantum de jam natis, sed etiam de posthumis verum est, ut & hi agnatos etiam fratres atq; sorores defuncti à successione excludant. *h. l. nr.* Nam quamvis sui heredes ii sint, qui in potestate parentum constituti primum gradũ obtinent. *§. sui autem 2. Inst. de hered. qual. & differ.* attamen & posthumi sui intelliguntur. *§. sui autem 2. vers. fin. Inst. de hereditatib. quæ ab intest.* quoniam quoties de commodo ipsorum agitur pro jam natis habentur. *l. qui in utero. 7. & l. pen. ff. de stat. hom.* Si modo ii sint posthumi, qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent. *d. §. ult. vers. fin. de hereditatib. quæ ab intest. §. pen. Inst. de tutel.* Nã alienus posthumus forte ex filio emancipato conceptus, extraneus erat, nec avo tanquam suus succedere poterat, *§. posthumo quoq. 26. Inst. de legat.*

## Ad L. si te parens. 5.

Adoptio, sive liberorum assumtio (Theoph. υἱοθεσίαν appellat) vel in specie ita dicta est, vel arrogatio. *§. adoptio 1. Inst. de adopt.* Hæc in hominibus sui juris, illa in filiisfam. locum habet: hæc Imperiali authoritate, illa Magistratus, qui legis actionem habet, imperio expeditur, *d. §. 1. l. 4. ff. eod. t. l. 3. de off. Proconf. & legat.* hæc regulariter, jus patriæ potestatis inducit *§. illud 11. Inst. d. t.* nisi forte

tè à fœmina facta fuerit §. *fœmina. 10. Inst. eod. t.* illa non aliud, quàm si ab avo paterno vel materno interposita sit. §. *sed hodie. 2. Inst. d. t. l. pen. C. eod. t.* Illud utraq; commune habet, quod adoptivi liberi, sive soli sint, sive cum aliis naturalibus & legitimis concurrant, parēti adoptivo ab intestato succedant. *d. §. 2. de adopt. & h. l. nostra.* Quamvis enim natura liberi non sunt, jure tamen Civili in locum liberorum recipiuntur, *l. 1. ff. de adopt. pr. Inst. eod. t.* & ad successionem admittuntur. *d. h. l. nostra*, quæ tantùm de adoptione in specie dicta & quidem ab extraneo facta loquitur. Limitatur autem hæc decisio *l. nostra*, ut procedat tantum in successione ab intestatò delata: quoniam testamento is qui extraneum adoptavit, eum heredem instituere necesse non habet, cum in potestate ejus non sit, *d. §. 2. de adopt. & d. l. pen. C. eod.* Deinde quamdiu durat adoptio: nam dissoluta ea per emancipationem, nullum ex pristino jure retinetur vestigium, *l. in omni 13. ff. de adopt.* adeò ut nec Civili jure nec Prætorio in successione ulla eorum habeatur ratio. §. *at hi. 10. & §. seqq. Inst. de hered. qua ab intest. defer.* Deinde locum non habet *l. nostra* in successione feudali, ad quam adoptivi liberi, sive arrogati sint, sive in specie adoptati, non admittuntur, per *textum expressum in c. si de feud. defunct. content. sit. 2. F. 26.* Ratio est, quoniam ex sanguine primi acquirentis non descendunt, *l. qui in adoptionem. 23. ff. de adopt.* feuda autem sanguini dantur *c. quia §. 1. & seqq. 1. F. 1.* Neq; rationem hanc infringit, quod in spuriis sanguinis conjunctio sit, *l. 2. ff. unde. cognat. Hotom. ad d. §. adoptivus. 2. F. 26.* Nam hi ex alia causa à successione repelluntur, *arg. §. naturales. d. c. si de feud. 2. F. 26.* quoniam videlicet legitimè nati non sunt; nec patrem habere intelliguntur §. *pen. Inst. de Nupt.* Præterea & patroni, sive domini habita fuit ratio, ne is per fictitios ejusmodi liberos jure suo privetur, *arg. l. 2. §. 2. ff. de vacat. & & excus. muner. l. si ita. 51. §. fin. ff. de legat. 2.* & vasallus ex aliena familia solius vasalli voluntate adsciscatur contra *c. si duo. in f. de fratrib. de nov. benef. in vest. 2. F. 12. Alvar. Bald. & Illustr. Schenck. ad d. §. adoptivus.* ibiq; *Cujac. Sonsbecc. de feud. p. 9. n. 63. Schrad. p. 7. c. 5. n. 19. Rosenth. c. 7. concl. 30. n. 33.* Illud hic obiter notandum, quod de liberis adoptivis hactenus dictum, de unitis quoq; accipiendum

endum esse, ut & hi in allodialibus ab intestato parentibus suis succedant, in feudalib. vero à successione excludantur, quippe adoptioni penè similis est recepta passim in Germania Unio prolium, qua liberi diversi matrimonii à parentibus hinc inde certis solennitatibus adhibitis adsumuntur. *Geil. 2. obs. 125. Jac. Rick. tr. pecul. de unione prol. Treutl. vol. 1. D. 2, th. pen. Adde Val. Forst. tom. 1. cons. Marpurg. cons. 8.*

## Ad L. ex libera. 6.

Inter alia matrimonii legitimi requisita & illud est, quod contrahentes Cives Romani esse debeant, *pr. Inst. de Nupt.* Unde neq; inter peregrinos, *Ulp. in fragm. t. 5. §. 3. & in l. si uxor. 13. §. 1. ad l. Jul. de adult. Ant. Fab. in Jur. Pap. t. 9. pr. 1.* neq; inter servos legitimum est matrimonium, *l. 3. C. de incest. & inutil. nupt. l. si neget. 7. ff. de agnosc. & alend. liber.* Sed illorum nuptiæ injustæ, *d. l. 13. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* horum conjunctio contubernium, & conjuges contubernales in jure vocantur. *l. 41. §. 2. ff. de legat. 3.* Idem dicendum, si fortè liber homo ancillæ, vel libera servo se conjunxerit. Nam nec hoc casu matrimonium est, sed liberi inde nati pro spuriis habentur, *d. l. 3. C. de incest. & inutil. nupt. l. un. C. de mulierib. quæ se propr. serv. junxer.* & conseq. parenti, quem habere non intelliguntur, *§. pen. Inst. d. t. de nupt. §. vulgo 4. Inst. de success. cognat. l. vulgo. 23. ff. de statu homin.* succedere non possunt, *h. l. nost.* Idq; adeò verum est, ut etiamsi pater manumissus & natalibus restitutus, decurionatus honorem adeptus sit, filius tamen ad successionem non admittatur, *d. h. l. nostra*: matrimonium enim ab initio nullũ non cõvalescit, licet cesset impedimentũ, sed liberi interea concepti manent illegitimi, adeoq; tanquam spurii ab hereditate paterna meritò repelluntur *l. 4. ff. unde. cogn. & h. l. nr.* Non obstat *l. si quis. 27. ff. de rit. nupt.* ubi nuptiæ inter senatorem & libertinam amissa dignitate, adeoq; sublatô impedimento, convalescunt. Respondetur enim convalescere quidem, si contrahentes in eadem voluntate perseveraverint, sed hactenus, ut liberi postea nati efficiantur legitimi, non etiam ut prius nati hac ratione legitimentur, *l. eos 65. §. 1. ff. de rit. nupt. l. etsi. 6. C. de nupt.* Nam legiti-

gitimatio naturalium est, §. *ult. Inst. de nupt. N. 116. c. 2. N. 89.* non spuriorum, quos, cum patrem nullum habere intelligantur, per subseq. matrimonium legitimari non posse expeditum est, *arg. d. §. pen. & ult. Inst. de nupt.* Nisi fortè ex consuetudine, qua concubinatu sublato, *Cujac. 5. obs. 6. inf.* naturalium appellatione ex stupro nati spurii & vulgo quæsiti contineri. *arg. l. adoptivus. 14. §. 2. ff. de ritu nupt. & l. 4. §. 2. ff. de grad. & affinib.* ideoq; omnes rectè legitimari videntur, ut monet *Valent. Riemer ill quæst. D. 2. q. fin.* Limitatur igitur textus nostri decisio, ut de consuetudine hodierna non procedat, maximè cum jure Canon. etiã inter servos verum matrimonium esse constet, ex *c. 1. & tot. t. extr. de conjug. servor.* Deinde si forte statutum extet, quod spuriis successionem paternam, quando de patre certò constat, deferat. Quamvis enim & Jure divino spurii à patris hereditate excludantur, *Genes. 21. vers. 10. & Judic. 11. vers. 2.* ut & *jure Canon. c. 1. causa. 35. q. 7.* adeoq; statuto contrarium induci posse non videatur. *Forst. de success. lib. 6. c. 74. n. 47. & seqq.* tamen contrarium verius est, tum quod matri & aviæ etiã vulgo quæsiti succedant, *§. pen. Inst. de SCt. Orfic. l. 1. §. 2. ff. ad SCt. Orfic. l. Modestinus. 8. ff. unde cognat.* patris autem & matris juræ naturæ, *arg. l. 4. §. 1. ff. de in jus voc.* & jure Divino æqualis videtur ratio. *Exod. 20. vers. 12.* tum quod nulla inter naturales & legitimos liberos ex jure naturæ videatur differentia secundum *Justin. in N. 74. c. 2. & N. 89. c. 9.* tum quod discrimen istud quoad successionem inter patrem & matrem civile & positivum sit, proindeq; mutationi per statutum obnoxium, *§. ult. inf. Inst. de legit. agnat. tut.* Nec movent textus ex jure Divino & Canon. supra adducti: quoniam & jus Mosaicum illud forēse potius sive politicum quam morale habendum sit, cujusmodi jurib. statuto derogari posse consentiens est Theologorum & JCtorum opinio. *Adde Grot. de jur. bell. lib. 1. c. 1. n. 16. & 17. lib. 2. c. 5. n. 14.* & textus Jur. Canon. non de spuriis, sed incestuosis apertè loquitur. *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 16. th. 3. l it. E.* qui videri possunt. Huc referri potest quæstio, quam habet *Petr. de Anchoran. cons. 410.* Nobilis quidam Leodiensis moriens reliquit tres filios ex matrimonio cũ consanguinea uxoris prædefuncta 4to gradu, adeoq; contra statu-

ta

ta canonica contracto, *c. non habet pen. extr. de consang. & affin.* Quæsitum ergo fuit, an Pontifex post obitum dicti Nobilis matrimonium confirmare atq; ita filios ejus ex incestuoso congressu natos legitimare possit? Et negativa ex eo probari videtur, quod medium habile hic deficere videatur, cum morte conjugis dissolutum matrimonium ratum haberi nequeat, *arg. l. fin. ff. rem rat. haber. c. ad dissolvendum. 13. sive pen. extr. de despons. impub.* Deinde quod filii isti ex incestu nati, adeoq; legitimationis omnis incapaces sint. *N. 74. c. ult. & N. 89. c. fin.* Verum *Anchoran. d. loco.* affirmativam tenet, videlicet Põtificem matrimonium illud confirmare posse, cum non contra jus Divinum, sed canonicam sanctionem sive contra jus positivum tantùm contractum fuerit, in qua re magnam esse Põtificis potestatem expeditum est, *per textum in c. per venerabilem. 13. extr. qui filii sint legitimi, ibiq; Gloss. in verbo: habet potestatẽ. & Gloss. in clem. 1. de immunit. Eccles. in verb. pro infectis. in fin.* Nec obstat defectus medii habilis, sive obitus parentis: quoniam Pontifex tollendo impedimentum gradus prohibiti, facit, ut matrimonium ab initio legitimè contractum & filii legitimè nati intelligantur, *arg. d. c. per venerabilem. extr. Qui filii sint legit. & d. clem. 1. de immun. Eccles. & utrobiq; Gloss.* quod filii ex incestu nati sint: si quidem incestus civilis, non juris gentium aut Divini est, in quo jure Pontifex dispensare & prohibitionem canonicam, uti in totum, ita & certo casu tollere non prohibetur. *d. c. pen. de consang. & affin. & d. c. 13. qui filii sint legit.* Sed an legitimatio ista etiam extra terras Ecclesiæ valebit, ut filii ita legitimati in terris Imperii, quoq; succedere potuerint? Et ita visum *Anch. de cons. 410.* Si modò Pontifex verbo legitimandi usus fuerit: Nam si verbũ dispensandi adhibuerit, tantum in iis, quorum expresse facta est mentio pro legitimis habebuntur, ad alia autem exteusio fieri non poterit, cum dispensatio odiosa & stricti juris sit, ut notat post alios à se allegatos etiam *Geil. 2. obs. 142. n. 6. & n. 17.* Hinc licet per Papam super matrimonium dispensatum sit, filios tamen antea conceptos nõ legitimari ex mẽte *Cyn. ad l. Paulo. 11. ff. de stat. homin. 7. docet Bald. ad h. l. nostram. n. 1.* Verùm quemadmodũ Põtifici in Imperio nostro nulla competit juris vel condendi, vel abrogandi potestas; quippe

quæ

quæ ad ſolum Imperatorem & ſtatus Imperii pertinet; ita nec legitimatio iſta vel matrimonii confirmatio ad terras Imperii vires ſuas porrigere poterit. Non obſtante eo, quod etiam in Imperio noſtro, quoad cauſas matrimoniales jure Pontificio potius, quam Civili utamur, monente poſt alios *Alber. Gent. lib. 1. de nupt. c. 17. & 18.* quoniam id non authoritate aliqua Pontificis, ſed quatenus ab Imp. & ſtatib. receptum & hactenus uſurpatum eſt, *Joh. Daut. in prolegom. tr. de teſt. n. 8. Matth. Steph. de jurisd. lib. 3. p. 1. c. 3. n. 18. & ſeqq.*

## Ad L. filium. 7.

Hæc l. de ſucceſſione libertorum agit; non ea, qua patronus liberto ſuo ſuccedit, de qua *Juſtin. Inſt. de ſucceſſ. libertorum* loquitur; Sed qua liberi ad ſucceſſionem parentum vocantur. Nam & liberto in teſtamento defuncto, primo ſuccedunt ſui, *h. l. nr.* deinde patroni, quib. jus agnationis *ex ll. 12. tabb.* tributum eſt. *l. 2. §. 1. ff. unde legit. l. liberto. 17. ff. de bon. libert. Ulp. in fragm. t. 27. pr.* Quoad patroni autem ſucceſſionem, dubitandi ratio in ipſo textu legis noſtræ attingitur, præteritus vel ſervilis ſtatus, qui ut omnem cognationem legitimam, ita & ſucceſſionem procul dubio excludebat, *pr. Inſt. de ſervit. cognat.* adeò ut nec Prætor quidem bonor. poſſeſſionem dederit, *d. pr.* Decidendi verò ratio eſt ex ſtatu præſenti, quo uti per manumiſſionem liberi & Cives Romani facti ſunt, *§. ult. Inſt. de libert. l. un. C. de deditit. libert. toll. l. un. C. de Latin. libert. toll. N. 28. c. 2.* ita juſtas quoq; nuptias contrahere & ex iis natos liberos in poteſtate *l. libertos. 8. C. de patr. poteſtat.* & cōſeq. ſuos heredes habere poſſunt. *h. l. nr.* Sed & ſi forte in ſervili adhuc condicione ſuſcepti liberi, & poſtea tam parentes quam liberi manumiſſi fuerint, ſucceſſio inter illos locum habebit, ut docet *Juſtin. d. pr. de ſervil. cognat.* Quamvis enim antiquitus ne poſt manumiſſionem quidem ulla cognationis ſervilis habebatur ratio, *l. 1. §. 2. ff. und. cognat. leg. f. §. non parcimus. 5. ff. de gradib. & affinib.* fortè ea de cauſa, quod manumiſſio non cognationem, ſed libertatem tantùm tribuat. *pr. Inſt. de libertin. l. 4. ff. de juſt. & jur.* unde ſi quis ſervus factus & poſtea manumiſſus fuerit, cognationem non recipiebat.

bat. §. *pen. Inst. de capit. deminut. & arg. l. 5. ff. unde cogn.* tamen Justin. Constitutione sua, (quæ in in Codice. nostro non extat, sed epitome ejus à *Cujac.* restituta *est lib. 20. obs. 34.*) effecit, ut & hi invicem sibi succederent, ut patet ex *d. pr. Inst. de servil. cognat.* Illud hic obiter ex h. t. notandum, quod interdum filius nobilior patre, puta filius ingenuus, pater libertinus esse possit *Bald. ad h. l. m.*

## Ad L. Apud. Hostes. 8.

Ad tractatum successionis pertinet & transmissionis materia, *h. l. nr.* de qua tradita jure nostro regula est, quod hereditas non adita ad heredes non transmittatur, *l. si ex plurib. 9. ff. de suis & legit. l. unic. §. in novissimo. 5. C. de caduc. toll. l. quoniam. 7. C. de jure deliber.* Ratio vulgò adsignatur, quoniam hereditas delata antequam adeatur in bonis heredis sive ex testamento, sive ab intestato, esse non censetur, *arg. l. pretita. 63. ff. ad l. Falcid.* cum nullum jus ante aditionem habeat, *l. servus. 16. ff. de stipul. servor.* adeoq; is plus juris ad alium transferre, quam ipse habet, nequeat, *l. traditio. 20. ff. de adquir. rer. domin. l. nemo. 54. ff. de R. J. Nicol. Noalis de transmiss. c. 8. n. 1. Vasq. de success. progress. §. 9. n. 14. Adde Gomez. tom. 1. var. resol. c. 9. n. 1. & seq.* Nec movet, quod jus adeundi vel agnoscendi in bonis heredis esse videatur; quoniam responderi potest, hoc jus personale esse, & conseq. cum persona heredis extingui, ut docet *Donell. 6. comm. 4.* Imò non tam jus aliquod, quam meram potius facultatem esse, quæ in bonis nostris non connumeretur, *arg. d. l. 63. pr. verb. heredem. ff. ad l. Falcid.* nullaq; actione munita sit, quam heres intentare posset. *l. 6. §. 1. ff. de liber. leg. Noal. d. c. 8. n. 1. Geil. 2. obs. 128. n. 6. & 7. & obs. 131. n. 3.* Aliam rationem hujus regul. reddit *Duar. lib. 2. de jur. accresc. c. 17.* existimans, id fisci locupletandi & augendi causa ita constitutum esse, ut plura caduca fierent. Aliam *Giph. ad l. un. C. de his qui ante apertas tabb.* videlicet heredem sibi imputare debere, cur cum potuerit, hereditatem non statim adeat & ad heredes transmittat. Aliam *Ant. Fab. 14. conj. 1.* quoniam jus adeundi pendeat ex delatione *l. delata. 151. ff. de V. S.* hereditatem autē non defert lex, nisi scriptis, vel ab intestato venientibus proximis, quales heredes eorum

non

non esse patet. Adde *Alciat. 3. Paradox. c. 5.* Verum *Duareni* rationem meritò improbat *Giph: d. loco.* quoniam alias & in legatis, per quæ fiscus locupletari æquè poterat, idem dicendum foret, quæ tamen statim à morte testatoris etiam nondum agnita ad heredes transire constat, *l. legatum. 80. ff. de legat. 2. l. à Titio. 63. ff. de fact.* Sed nec ipsius ratio generalis est, utpote quæ in sciente tantùm, non ignorante locum habere videtur. *Anton. Fabr.* sustineri fortè posset, sed expeditior est ea, quæ supra à nobis allata fuit. *Adde Don. d. c. 4. ibiq. Hillig. lit. C.* Limitatur autem hæc regula de hereditate non adita non transmittenda tribus potissimùm modis, 1. ratione suitatis *l. 3. C. de jur. delib.* 2. ratione sanguinis, *l. un. C. de his qui ante apert. tabb.* & deniq; occasione juris deliberandi, *l. cum in antiquiorib. 19. C. d. t. de jur. delib. Ant. Gomez. d. c. 9. n. 6. in fin.* Et ultimus quidem est heredum quorumvis, *d. l. 19.* medius, descẽdentiũ, qui adscendentiũ, hereditatẽ ad liberos transmittũt ex *d. l. un. C. de his qui ante apert. tabb.* Primus verò suorum heredum tantùm, de quo solo in *h. l. nr.* agitur. Sui igitur heredes, sive liberi in potestate existẽtes & primũ gradum, sive per se sive per repræsentationem obtinentes, hereditatem paternam, licet se nondum immiscuerint, ad quoscunq; heredes etiam extraneos transmittunt, *l. qui duos. 9. §. fin. ff. de reb. dub. d. l. 3. C. de jur. delib. & h. l. nr.* sive ex testamento, *d. l. un. §. 5. C. de Caduc. toll.* sive ab intestato succedant *d. h. l. nr.* Idq; propter conjunctionẽ istã; qua ex juris dispositione pater & filius una penè persona esse intelligitur, *l. ult. C. de impub. & al. subst.* quâq; vivo adhuc patre filius bonorum paternorum dominus existimatur, ita ut post mortem ejus nõ tam hereditatem percipere, quam liberã administrationem consequi videatur, *l. in suis. 11. ff. de liber. & posth. l. 1. §. qui sunt. 7. ff. si quis omiss. causa test. ab intest. l. in suis 14. ff. de suis & legitim. Gomez. d. c. 9. n. 7* Ab hac comm. Dd. opinione recedit *Cujac. tr. ad Affrican. 4. in explic. l. si filius. 16. ff. de liber. & posth. pag. (mihi) 124.* in suis hoc præcipuum non esse existimans, cum Jure Civil. suus heres nuda & sola existentia paternam hereditatem adquirat, adeoq; adquisitam hereditatẽ ad heredes merito transmittat: queadmodũ quivis alius heres hereditatẽ aditã ad successores quoscunq; transmittere solet. Eodẽ tendit

dit *Duar. ad t. ff. de adquir. uel omitt. hered.* ubi monet, in casu suorum heredum, non tam hereditatem transmitti, quam heredem ad bona jam quæsita admitti: & *Ant. Fab. d. lib. 14. c. 1.* qui & ipse in suis, hereditatis jã acquisitæ trãsmissionẽ fieri notat: Verùm quicquid si jure Civili & ejus fictione, tamen cum Prætor suis heredibus abstinendi potestatem dederit, §. *sui autem 2. in f. Inst. de hered. qual. & diff.* ita ut jure Prætorio etiam sui cum effectu heredes non sint, nisi paternæ hereditati se immiscuerint, ut fatetur ipse *Cujac. d. loco.* hoc respectu fortassis non malè non aditam, vel acceptam hereditatem ad successores transmitti, dici poterit. Antequam autem ab hac *l. nr.* & transmissionis materia abeamus, unam atq; alteram quæstionem breviter subjiciemus. 1. igitur dubium est, an suorum appellatione etiam fruantur ii, qui in potestate constituti à patre exheredati sunt? Et negativa satis ex eo probari videtur, quod exheredatus & heres contraria sint, adeoq; exheredatus patri heres esse, vel extitisse dici non poterit, *l. 1. §. pen. ff. de suis & legit. Noal. d. tr. cas. 8. n. 73. Vasq. d. tr. §. 7. n. 19.* Idq; omnino concedendum est, si exheredatio legitime facta effectum suum sortita fuerit. Nam interim pendente exheredationis adeoq; testamenti jure, & suitatis jus in suspenso esse, conseq. rescisso aut potius nullo declarato patris testamento, exheredatum patri suum heredem esse, & si interim decedat, hereditatem quoq; ad successores suos transmittere dicendum est, *arg. l. filius. 28. pr. ff. de liber. & posthum. l. filium. 20. pr. ff. de bon. poss. contra tabb. Don. d. c. 4. Ant. Fab. in Jur. Pap. ad t. qui test. tutor. dar. poss. pr. 1. illat. 18. Adde Ant. Gomez. d. t. n. 1. c. 11. n. 19.* Deinde de emancipatis etiam quæritur, an & ii hereditatem paternam non aditam ad quoscunq; successores transmittant? Et affirmativa fundamentum habere videtur: tum in *l. fin. §. 1. C. de legitim. hered.* ubi emancipati ad similitudinem suorum succedere dicuntur: tum in *N. 118. c. 1.* ubi inter suos & emancipatos omnis sublata differentia est. *Bart. ad l. ventre 84. n. 24. ff. de adquir. vel omitt. hereditate Geil. 2. obs. 111. n. 10. inf.* Verùm negativa verior est, quoniam jus suitatis hodie quidem sublatum est, quoad successionem ipsam, ut emancipati æquè ac sui ad hereditatem Jure Civili admittantur, *d. N. 118. c. 1.* differentia tamen in modo succedendi & trãs-

missione hereditatis adhuc superest, ita ut sui ipso jure heredes existant. §. *sui autē 2. Inst. de hered. qual. & diff.* §. *sui autem 3. Inst. de hered. qua ab intest.* emancipati verò demum per aditionem fiant. *d.* §. *3. & seqq. de hered. qual. & diff.* sui morientes hereditatem etiam non aditam ad quoscunq; transmittant; emancipati non aliter, quam si eam adiverint, *h. l. nr. Gomez. d. t. c. 9. n. 24. Noal. d. c. 8. n. 78. Vasq. de success. progress.* §. *7. n. 6. Hillig. ad Don. 9. comm. lit. c. Dn. Conrad. Rittersf. ad Nov. p. 7. c. 4. fin.*

## Ad L. si defunctus. 9.

Hæc de successione nepotum ex filio tractat, ut si defunctus filios vel filias, & ex filia mortua nepotes reliquerit, ii duas partes ejus portionis, quam mater habitura fuisset, accipiant, tertia filiis & filiabus, sive avunculis & materteris earum accrescat. §. *item vetustas. 15. Inst. de hereditatib. qua ab intest. defer.* Ea ex *Cod. Theod.* sed mutilata, sive detracta ea parte, quæ concurrentibus agnatis 4tam tribuebat, in hunc Codicem repetitæ prælectionis relata est uti patet ex conjunctione *h. l. nr. cum l. 4. C. Theod. de leget. hereditatib.* & in explicatione *l ult. h. t.* dicendum erit. Ad intellectum autē *h. l. nostra* paucis præmittendum est ex *l. 12. tabb.* nepotes ex filia, cum neq; suorum heredum, neq; agnatorum jura habuerint, à successione avi materni planè exclusos, & à Prætore demum in ordine cognatorum vocatos fuisse, ut monet *Justin. n. d. 15. pr. de hereditatib. qua ab int. defer.* Verum postea *Impp. Valent. Theod. & Arcad.* non cognatis tantùm reliquis, sed & agnatis præferendos, & cum suis heredibus, detracta tamen tertia parte admittendos esse constituerunt. *h. l. nr.* Rationem hujus novi juris reddit *Justin. in d.* §. *15.* duplicem, quarum, est, quod jus vetus in naturam injuriosū quodammodo fuerit, dum exclusis nepotibus ex filiabus, solos nepotes ex filio ad successionem admiserit; altera, quod commune sit utrisq; nepotum nomen, sive ex masculis sive ex fæminis descendant, adeoq; commune succedendi jus esse debeat. Quam utramq; rationem tanquam insulsam & puerilem rejicit *Bach. ad d.* §. *15. de hereditat. qua ab intest.* Verum utraq; fortassis sustineri poterit, si priorem ad privatorum commoda, (quod jus privatum spectare

constat) non ad familiæ splendorem referamus; & posteriorem non de nudo nepotum nomine, sed gradu & jure æquali, quod liberis in successionibus parentum deberi videtur, *arg. l. cùm ratio 7. ff. de bon. damnat.* accipiamus. Quod utiq; recipiendum potius, quàm ut legislatorem ineptiæ & stultitiæ aacusemus. Ampliatur autem sive extenditur hæc sentẽtia 1. ab *ipsis Impp.* ut non tantùm in bonis avi materni, sed & aviæ sive paternæ sive maternæ simili æquitate locum habeat. 2. ut non tantum in nepotib. sed etiam pronepotib. & cæteris deinceps obtineat. *d. §. 15. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* Qui omnes, quemadmodum *legib. 12. tabb.* tanquam cognatis à successione excludebantur, ita meritò hac constitutione admittuntur. 3. Ut non solum in concursu cum suis heredibus, sed etiam si forte cum emancipato filio nepotes ex filia concurrant, procedat. Quippe & hi olim jure Prætorio, cum Prætor emancipatos ut suos vocaret, excludebantur, ideoq; meritò ex hac Constitutione, ad duas partes portionis, quam mater habitura fuisset, admittitur, ut rectè *Bach. ad d. §. 15. n. f.* Deniq; non tantum in successione ab intestato, sed etiam testamentaria per hanc constitutionem iis succurritur, ut nepotes ex filia sine causa præteriti vel exheredati, aut testamento injusto existente, duas partes consequantur, & tam hereditatis petitione, quam inofficiosi querela uti possint *h. l. nr. ibiq. Gloss. & Dd.* Limitatur, ut nõ procedat, si forte pater vel mater liberos suos exheredaverint. Nam hoc casu nepotes exheredati vicem patris sui vel matris non repræsentant, nec ad successionem avi vel aviæ admittuntur. *h. l. nr.* Unde frustra est *Accurs.* dum ista ad exheredationem avi & aviæ refert: quoniam hic de successione ab intestato sermo est, exheredatio autem ab intestato fieri non potest, *§. pen. Inst. de Codicill. l. Scævola. 76. ff. ad SCt. Trebell. Cujac. 18. obs. 17. & Gothofr. ad h. l. nr.* Sed annon huic *l. nostræ* derogatum est per *§. ult. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* Ita sanè videri poterat per illa verba: similiter nos inter filios & nepotes ex filia &c. & mox infra, ut utraq; progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequantur. &c. Quæ verba utiq; ad *hanc l. nostram* omnino pertinere, & detractionem tertiæ partis tollere videntur. Et hanc diffi-

difficultatem movet quidem *Bach. ad d. §. ult.* Sed intricatam relinquit. Fortè dici posset, *Justin.* initio quidem *d. §. ult.* de consensu nepotum ex filia & cum agnatis apertè agere, de quo casu concepta est *l. ult. C. h. t.* in seqq. verò de modo succedendi quædam adjicere, videlicet & nepotes ex filiabus, sive soli sint, sive cum filiis concurrant, non in capita sed in stirpes succedere, legis autem hujus nostræ decisionem non corrigere, sed intactam relinquere: quippe correctio in *d. §.* facta tantum ad 4tam, quam jus antiquum agnatis dabat, non ad tertiam hanc filiorum referenda est, ut rectè monet *Wesemb. & Bach. ad d. §. ult. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* Illud hic obiter notandum, argumentum ex *h. textu nostro.* ad decisionem quæstionum aliarum peti solere. V. gr. Si statuto caveatur, quod existentib. filiis, filiæ dote contentæ esse teneãtur, & dos forte minor legitimâ constituta fuerit, id quod super est fratribus accrescere debeat, *arg. h. l. nr. ibiq. Bald. n. 1.* Quod recipi potest, quando dotis summa, vel quantitas in statuto determinata, vel filia dote ista contenta est; alias in dubio dos in statutis congrua & non minor legitima intelligenda, ne in arbitrio sit parentũ, legitimâ jure naturæ quodammodo debitâ dote minore constitutâ minuere, *contra tex. in l. scimus. 36. §. illud. 2. C. de inoff. test.* Item si statuto cautum sit, quod agnati masculi præferantur matri & aviæ maternæ, dubitari posset, an etiam amita, quam agnatam esse constat, præferenda sit? Et *Bald. ad d. h. l. pr. n. 2.* in affirmativam inclinare videtur, ut amita, si agnati remotioris gradus sint, iis exclusis matri vel aviæ defuncti præferri debeat. Verùm cum ratio statuti procul dubio sit familiæ conservatio, quam per solos masculos fieri posse constat, *l. pronunciatio. 195. in f. & l. seq. ff. de V. S.* dicendum potius amitæ hic rationem nullam haberi, sed quandiu agnati masculi supersunt, eos omninò uti matri & aviæ ita amitæ præferendus esse.

## Ad L. Ubi aviarum. 10.

Emancipatos, utpote, qui neq; sui, neq; agnati erant, jure Civili à successione exclusos & à prætore demum vocatos fuisse expeditum est *§. emancipati. 9. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. defer.*

Si

Si videlicet de masculorum hereditate quæstio fuerit. Nam in fœminarum successionibus frustrà de emancipatione quæritur, cum eæ liberos in potestate habere nequeant. §. *fæmina. 10. Inst. de adopt. l. nulla 13. ff. de suis & legit. hereditatib.* Hinc ubi de aviæ successione vel hereditate l.s est, non attenditur, an parentis in potestate constitutus, an verò capite minutus vel emancipatus fuerit. Nam indistinctè nepotes ad successionem aviæ admittuntur. *h. l. nr. Cujac. d. lib. 18. obs. 17. eumq; secutus Gothofr. hic in not.* pro paterna, in textu nostro substituit materna ex *C. Theod. l. 4. & 5. de legit. heredib.* ut hic sit sensus, natum post emancipationem matris jure Civili aviæ paternæ vel maternæ succedere. Verum licet hæc lecti & interpretatio in conveniens non sit, tamen cum & communis vitio careat, ab ea temerè recedendum non est.

## Ad L. si matre. II.

Summa *h. l.* est, quod in successionibus semper potior sit causa descendentium, quam ascendentium. Quod si enim defunctus vel defuncta matrem & simul liberos superstites reliquerit, liberi exclusa matre ipso jure succedunt. *h. l. nr.* Idq; de nepotib. pronepotib. & reliquis deinceps descendentib. quoq; intelligendum est, quo per jus repræsentationis in infinitum usq; admitti & adscendentes excludere verius est, *arg. §. ult. Inst. d. t. de hereditatib. quæ ab intest. infer.* Dicit autem *textus nr.* liberos etiam matri ipso ju e succedere, Quæ verba de materna successione alibi non reperiuntur, & intelligenda hîc videntur de habitudine quadam succedendi, ex qua citius præsumitur aditio in hereditate ascendentium, quam in hereditate reliquorum, *secundum Bald ad h. l. nr. n. 1.* Verùm cum hæc verba (ipso jure) valde ambigua sint, ut videri potest apud *Calvin. in Lexic.* & inter alia etiam tuitioni Prætoris opponantur, *l. pr. ff. quib. mod. usufr. amitt. l. 1. §. ult. ff. de superficiebus.* forte & hoc loco ita accipi possunt, ut liberi hodie tam matri, quam patri, ipso jure Civili, sine Prætoris beneficio succedant. *h. l. nr.* hic expediri solet vulgaris quæstio, si forte mulier pôst obitum mariti alteri nubat, & nono mense pariat, cujusnam partus iste existimandus & ad cujus (priorisne an posterioris mariti) successionem

nem admittendus sit. Et quidam in dubio hoc casu neutrius successionem admittendam volunt, ut refert *Cynus ad l. vulgo 23. ff. de statu hominum.* Sed dubio huic occurritur, ex eo, quod pater sit, quem nuptiæ demonstrant, & in cujus domo filius natus est, *l. filium. 6. ff. de his. qui sunt sui vel al. jur.* Cum ergo filius iste in posterioris mariti domo, ex ipso & uxore ejus procul dubio natus sit, ejus quoq; filium esse & ei soli succedere debere, rectè concludit *Bald. ad h. l. nr. n. 1.* Idq; eo magis dicendum est, si forte prior maritus infirmitate aliave causa impeditus per tempus aliquod cōcumbere non potuerit, *arg. l. 6. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* Sed quid si non in matrimonio, sed concubinatu prioris fuerit? Et hîc in dubio in benigniorem partem, & conseq. filium ex matrimonio potius legitimo, quam concubinatu natum præsumimus, *arg. l. meritò 51. ff. pro socio* cùm aliàs quoq; contingere possit, ut mater adultera sit, & filius tamen defunctū patrē habeat, *l. miles. n. §. quapropter 9. inf. ff. ad l. Jul. de adult.* quem textū tāquam singularē notandū monet *Bald. ad d. h. l. nr. n. 2.* Adjicit Bald. & hāc quæstionem ex materia statutorum; Mediolani extat statutū, quo cavetur, ut si mulier extra territorium nubat, in territorio Mediolanensi non succedat. jam mulier mortuo patre hereditati ejus se immiscuit, deinde civi Mutinensi nubsit, dubitatum fuit, an hereditatem paternā retinere possit? Et verius est eam hereditatem omnino retinere, cum statutum ad hereditates adquirendas non jam acquisitas pertineat, *arg. l. fin. ff. si tabb. test. null. ex tab. unde liber. Bald. d. loco,* & hereditas semel acquisita proprium mulieris patrimonium factum sit, *l. sed si 10. §. 2. n. fin. ff. de vulg. & pupill. substit.*

## Ad L. Quoties ult.

Attigimus supra *ad l. 9. h. t.* si fortè cum nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, non quidem sui heredes, sed agnati concurrant, eos quartam substantiæ partem sibi vindicare ex *l. 4. C. Theod. de legit. heredib.* Quæ constitutio (quoad particulam istam de concursu cum agnatis) Cod. emendato inserta non est, monente *Justin. in d. §. Inst. d. hereditatib. quæ ab intest. defer.* Sed in locum ejus substituta nova Justin. constitutio in *h. l. ult.* quâ quar-

tam istam sustulit, & nepotes licet ex filia agnatos omnes excludere & solos succedere voluit. *d.* §. *ult. de hered. qua ab intestat.* ubi rationem subjicit, ne aliàs qui ex transversa lineæ veniunt, potiores habeantur iis, qui recto jure descendunt. Nec movet, quod absurdum non videatur, collaterales nonnullos ob jus agnationis descendentibus, qui sunt in aliena familia præferri, *Bach. ad d.* §. *ult. in f.* Quamvis enim interdum ob favorem familiæ, vel aliam rationem accidentalem contingat, ut agnati fœminis licet descendentibus potiores habeantur, *Ulp. in fragm. t. 26. pr. c. per successionem de success. fratr. vel gradib. succed. 2. F. 11.* tamen naturali rationi conveniens haud videtur, ut agnati descendentibus præferantur, *d.* §. *ult. de hereditatib. qua ab intest.* cum illis hereditas partim natura simul, & partim communi voto debeatur, *l. scripto. 7.* §. *ult. ff. si tab. test. null. ex tab. und. liber.*

Hic notandum quod sub finem ab Imp. adjicitur, leges regulariter de futuris non præteritis negotiis ferri solere *l. leges. 7. C. de legib. ibiq. Goth. in not. Scip. Gentil. de jur accresc. c. ult.*

## Ad Auth. In successione.

Jure veteri hereditas ab intest. primùm suis & iis quos vel Prætor vel constitutiones inter suos vocabant, delata est, deinde agnatis, iisq; qui per SCtum (Tertull. & Orphitian.) ut & constitutionem Justin. inter legitimos relati sunt: & deniq; cognatis quos Prætor deficiẽtibus aliis admittebat, ut patet ex *tit. Inst. de hereditatib. qua ab intest. & seqq. aliquot. item ex tit. h. nostro & iis qua* ad singulas leges à nobis dicta sunt. Sed *jure Novell.* variè immutata sunt, imprimis per *Nov. 118.* in qua tres ponuntur succedentium ab intestato ordines, quorũ (1) est descendẽtium, (2) adscendentium, (3) collateralium. Primò igitur ordine ad successionem vocantur descendentes sive liberi & omnibus tam ascendentibus, quam collateralibus præferuntur, *d. N. 118. c. 1. & hac Auth. nostra*, quæ ex ea desumta est. Primi gradus quidem in capita, ulteriores in stirpes *d. Auth. nostr.* Procedit autem hæc reg. 1. non tãtum in patref am. mortuo, quẽ hodie etiam heredem habere posse constat, tam in bonis castrensib. & quasi, quàm adventitiis & profe-

ctitiis

ditiis pleno jure ei adquisitis, *arg. N. 117. c. 1. Ant. Fab. in Cod. suo. ad t. de legit. hered. defin. 7. n. 6. & 7. Paul. Christin. tit. 6. Cod. deo. 67. n. 1. Scip. Gentil. de bon. matern. c. 27. p. 139.* usufr. in aliis adventitiis adscendentibus salvô, *d. N. 118. c. 1. ibiq. Gothofr.* 2. quoad succedētes ipsos nulla sexus differētia facienda est, sed omnes indistinctè sive filiæ sint, sive filii, sive neptes sive nepotes & cęteri deinceps sive ex filia sive ex filio descendant, *d. N. 11. c. 1. & Auth. nostra.* 3. Non refert utrum liberi in potestate sint, an emancipati, quoniam & emācipatos hodie jure civili succedere verius videtur per *d. N. 118. c. 1. & Auth. nostra.* Nec obstat quòd hac ratione filius emancipatus nepotem ex eo in potestate retentum excluderet, adeoq; edictum novum de conjungendis cum emancipato liberis sublatum dicendum esset: quod inconveniens putat *Cujac. ad d. N. 110.* Nam quicquid videatur Cujac. hoc omninò menti Imp. convenit, qui expressè omnes voluit liberos sine ulla differentia, utrum suæ potestatis sint, an in potestate constituti, atq; ita emancipatos cum suis æqualiter succedere, *d. N. 118. c. 1. & h. Auth. nostra. Accurs. ad d. N. c. 1. verbo potestatis & h. Auth. in verb. sola naturali Bald. hic n. 5. Vult. ad pr. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. n. 34. Schneid. ad d. t. c. de success. nat. & legitim. n. 5.* Adde quæ supra *ad l. 11. sub fin.* à nobis dicta sunt; sed quid de successione testatoria habendum, an & quo ad eam discrimen inter suos & emancipatos sublatum est? negat *Bald. ad h. Auth. n. 3.* qui etiam hodie suos, si præteriti fuerint, testamentum ipso jure nullum dicere, *pr. Inst. de exheredat. liber. l. inter cætera. 30. ff. de liber. & posthum.* emancipatos verò per bon poss. contra tabb. rescindere existimat §. *emancipatos. 3. Inst. d. t. & l. si emancipatus. 6. §. 1. ff. de bon. poss. contra tabb.* Sed affirmativa verior est per *textum in N. 115. c. 3.* ubi imperator indistinctè sive pater sive mater, sive avus sive avia liberos sine causa exheredaverint vel præterierint, testamentum ipso jure nullius momenti esse pronunciat. *Vult. ad §. Inst. d. t. de exheredat. liber. Don. 6. comm. 11. & Dd. magis comm.* Redeundo ad successionem ab intestato, difficultas oritur, an etiam jure feudali emancipati æquè ac sui ad successionem admittantur? Et ratio dubitādi in eo est, quod ipso jure cognati â successione feudi excludantur. *d. c. per successionem 2.*

*F. 11.* Emancipatos autem sublatâ per emancipationem agnatione cognatos tantùm esse constat, §. *fin. Inst. de de legat. agnat. tut. Sonsbecc. de feud. p. 9. n. 60.* Ratio vero decidendi est, tum quod descendentes masculi generaliter & indistinctè ad successionem feudi vocentur. *c. quia* §. *cum vero. 2.* & §. *seqq. 1. F. 1.* tum quod etiam jure civili novissimo emancipati cum suis æqualiter admittantur, ut modo diximus; quod hîc tanquam in casu jure feudali non deciso merito sequimur. *c. Obertus in f. pr. 2i F. 2.* Nec movet ratio dubitandi supra allata: quoniam responderi potest, non quidem hodie emancipationem capitis deminutionem non esse, uti putat *Govean. 1. Var. lect. 26. Vacon. à Vacun. decl. 16. n. 11. Don. 6. comm. 16. ibiq. Hillig. lit. n.* id enim textibus juris in §. *praterea 6. Inst. quib. mod. jus patr. potestas solv.* §. *minima. 3. in f. ff. Inst. de capit. demin.* convenire non videtur *Ant. Fabr. in jur. Papin. d. t. de capit. deminut. pr. 11. l. 4. & 9.* sed potius emancipatis, licet agnati non sint, legum tamen beneficio agnatorum jura quoad successionem per omnia & in omnibus tributa esse; *d. N. 118. c. 1. Bocer. de success. feud. c. 3. q. 10.* vel agnatos in jure feudali vocari eos, qui per masculos conjuncti sunt, & per idem gentilitatis nomen familiam retinent, quales & emancipatos esse, negari non potest. *Duaren. de feud. 11. n. 3. Alvar. ad d. c. quia.* §. *hoc quoq. 4. n. 11. Andr. de de Isernia si de feudo.* §. *adoptiv. 2. F. 26. Curt. p. 3. videtur. 2. n. 2. Nicol. Intrigl. q. 49. n. 9. Rosenth. c. 7. concl. 16. n. 1. & Dd. comm.* fatente etiam *Sonsbecc.* qui & ipse tandem huic opinioni tanquam tutiori accedit *d. n. 60. inf. Adde Bald. ad h. l. 112. n. 7.* Limitatur 1. quando ob crimē aliquo l vel parentum vel propriū à successione removentur. Quamvis enim quivis ex proprio admisso teneri, nec liberi parentum luere pœnas debeant, *l. crimen. 6. ff. de pœn. l. Sancimus. 22. C. eod. & arg. tit. 1. C. ne fil. pro patr.* tamen excipiuntur quædam atrocissima crimina, quæ liberos à successione parentum repellunt, puta læsæ Majestatis. §. *contrarium. 5. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. defer. l. quisquis. 5. C. ad l. Jul. Maj.* quamvis filiabus tanquam minus ausuris Falcidia ex maternis relicta sit, *d. l. 5. §. ad filias.* item hæreseos *Auth. Gazaros. C. de heretic. & Manich. c. statutum. 15. de hæretic. in 6.* Sic quoq; si liberi hæretici fuerint, ab omni

omni parentum hereditate excluduntur, *l. qua de Samaritis. 18. §. 1. C. d. t.* Idem est si liberi parentes testari prohibuerint: neq; enim hoc casu tantum justè exheredari possunt, *l. testamenti 23. C. de inoff. test. N. 115. c. 3. §. si convictus. 9.* Sed etiam hereditas, si forte parentes sine testamento decesserint, iis tanquam indignis aufertur, & fisco vindicatur, *l. 1. & 2. ff. si quis aliq. testari prohibuer. & l. 2. C. eod. t. Gothofr. ad d. l. 23. C. de inoff. test. Dn. Rittershus. ad Nov. p. 7. c. 9. n. 2.* Deinde quando statuto vel aliquo jure singulari, aut etiam pacto filiæ masculis extantibus à successione excluduntur. Et statuta quidem ejusmodi multa in Italia vigere testatur *Bald. ad l. praced. h. t. n. 1.* eorumq; mentionem diversis locis facit *Geil. 2. obs. 98. n. 9. obs. 124. n. 105. & obs. 148. n. 5. & 5.* Adde de validitate horum statutorum *Bodin. 5 de Republ. c. 2. pap. (mihi) 793. Forster. de success. lib. 3. c. 13.* Jure singulari in feudis à successione arcentur filiæ & omnes regulariter fæminæ, earumq; descendentes, *d. c. quia hoc autem. 1. F. 1. c. sequitur. §. fin. de success. feud. 1. F. 8. c. si quis. quemadmodum feud. ad fil. pertin. 1. F. 24.* Heredis enim appellatio in jure feudali de masculo accipienda est, *c. si clientulus vers. et si clientulus. de alienat. feud. 1. F. 13.* Rationes hujus juris variæ afferuntur; sed potissimæ hæ sunt, tum quod mulieres Dominũ neq; auxilio, neq; consilio juvare valeant *arg. c. mutus. inf. an mut. vel alias imperf. 2. F. 36. & §. 1. Inst. quib. alien. licet. Bald. ad d. l. praced. n. 2.* tum quod honestum non videatur, ut mulieres virorum cœtui se immisceant, *l. 1. ff. de postul. Jacob. de S. Georg. tr. feud. §. Marchia in Italia n. 4. Cu. t. p. 3. mbr. 1. n. 1. Zas. p. 8. n. 36. Sonsbeec. p. 9. n. 120. Schrad. p. 7. c. 4. n. 1. Hartm. Pistor. p. 2. q. 34. n. 1.* tum etiam quod per masculos, non fæminas familiæ conserventur: quippe mulier caput & finis suæ familiæ est, ut eleganter loquitur *Paul. in l. pronunciatio. 195. inf. ff. de V. S. Forst. de success. lib. 4. c. 23. n. 48.* Quæ rationes licet insufficientes videantur *Gloss. in d. c. quia §. hoc a. 1. F. 1. Jul. Clar. 4. Sent. §. feudum. q. 73. n. 1. Hieronym. Garzon. de famin. ad feud. recip. n. 8.* qui nullam aliam reddi posse existimant, quàm quod primis feudorum authoribus ita placuerit: tamen cum partim ex communi fæminarum natura, partim ex ipsius feudi condicione desumtæ sint, temerè repudi-

genitus sit, prius quippe in privata patris conditione nato: tum textus *in l. si Senator. 11. C. de dignitat. c. imperialis. 23. §. his illud. 5. C. de nupt. l. quicunq;. 7. C. de Principib. agent. in reb. Gloss. in d. l. 23. §. 5. verb. nata sint C. de Nupt. & Dd. communiter. teste Dn. Ungep. Exerc. 2. q. 13.* Pro priori pugnat tùm *textus in l. 5. ff. de Senator.* Cùm imprimis ætatis privilegium, & ipse ordo nascendi, quo hunc primogenitum esse negari non potest. *Justin. lib. 2. Hotom. ill. q. 2. Tiraq. de jur. primogen. q. 31. n. 27. Tholos. 7. de Rep. 9. Forst. de succ. lib. 4. c. 24. n. 36. & seqq.* Quidam distinctionibus inter regni & bonorum aliorum successionem, vel inter verba statuti, an ita simpliciter de primogenito regis concepta sint, vel inter Regnum & Principatum avitum, & à privato demum quæsitum, rem expedire conantur, ut videre licet *apud Forst. d. c. 24. n. 32. & seqq. aliquot.* Verùm hæc quæstio non tàm ex textibus juris privati, quàm rationibus Politicis, & jure publico decidenda videtur. Nam, ut taceam, quod filius in privata conditione natus, statim eo ipso dum patri regnum vel principatus delatus est, regis quoq; vel principis filius esse inceperit. *arg. d. l. 11. C. de dignitat.* Status utiq; Principem, ejusq; posteros eligentes ad jam natum potius filium, de cujus vita & moribus fortè jam constabat, quàm ad nasciturum, adeoq; incertum planè respexisse intelligendi sunt, ut rectè monet *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 19. th. f. lit. H.* Sed nec textus ex jure civili adducti pro cōtraria opinione magnoperè stringūt. Responderi enim potest 1. in genere eos non de successione, sed privilegiis quibusdā, quæ liberis adhuc vivis parentibus competunt, agere, adeò huc nō rectè applicari. Deindè in specie *L. 11. C. de dignit.* Si rectè inspiciatur, hoc tantum probare, quod pater ante dignitatem privatos quidem liberos habeat, sed postea adquisitam eam etiam liberis communicari, cùm paternos honores liberis invidere non oporteat. *Tholoss. d. c. 9. Duar. 2. Disp. 29. L.* verò *23. §. 5. C. de nupt. & l. 7. C. de principib. agent. in reb.* loqui de liberis ex mulieribus scenicis vel parentibus cohortalibus susceptis, qui per subsecutam dignitatem paternam aut mutationem status conditioni pristinæ & oneri, quod incumbit, meritò non eximuntur. *arg. l. ult C. de decur.* Quartò deniq; limitatur quoad nepotes

& cæteros deinceps, ut ii demùm vel soli, vel cum aliis liberis ad successionem admittantur, qui vivo avo saltem concepti sunt. Nã qui mortuo avo, & nati, & concepti sunt, à successione excludun- tur, cùm nullo cognationis jure patrem sui patris attigerint. *§. & licet. 8. Inst. d. t. de hered. quæ ab intest. def. l. Titius. 6. ff. de suis & le- git. l. si quis. 6. in fin. pr. ff. de injust. rupt. &c.* Nec movet, quod licet nepos iste non ex sua persona, tamen ex persona patris per repræsentationem admittendus videatur. *Wesemb. ad d. §. 8. Forst. d. lib. 4. c. 23.* Nam hæc interpretatio *dd. textibus* convenire non videtur, cùm jus nostrum eum demùm ad hereditatem vocet, qui moriente eo, de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit. *d. l. 6. ff. de suis & legit.* Unde nec transmissio hîc locum habere potest, quo inclinat *Bart. in Auth. itaq; mortuo. C. comm. de suc- cess. per text. in l. un. C. de his, qui ant. apertas tabb.* quoniam nec transmissio aliter obtinet, quàm si capax sit is, ad quem transmit- tenda est hereditas, i. e. saltem conceptus fuerit moriẽte eo, de cu- jus hereditate lis est. *arg. l. 6. de suis & legit. juncta d. l. un. C. de his, qui ant. apert. tabb.* Jure tamen novissimo fortè aliud dicendum, ut cum eo non suitatis, sed naturale sanguinis jus attendatur, nepo- tes licet post mortem avi concepti, nihilominus tanquam ex san- guine defuncti naturaliter descendentes, ad successionem admit- tantur. *d. Nov. 118. c. 1. & Auth. nr. in fin. Hillig. ad Donell. 9. Comm. 2. lit. L. in fin.* Quamvis enim jus antiquum *l. 12. tabb.* hîc expres- sè correctũ non reperiatur, quod urget *Diodor. Tulden. ad h. t. c. 4.* ta- mẽ ratio ejus sublata, adeoq; jus ipsũ per necessariam cõsequentiã correctũ est: quippe ratione legis correcta & ipsa lex correcta intel- ligitur, *arg. l. 1 pr. ff. de legit. tutor. ibiq; Gloss. & Dd. Everh. in Top. loc. à ratione legis larga &c. 79. n. 8.* Huc pertinet quæstio: Si Rex vel Princeps decedat relicto nepote ex filio primogenito, & filio secundo genito, uter præferri, & ad regalem dignitatem admitti debeat? Et pro filio pugnat *Bart. in Auth. post fratres. C. de legit. hered. And. de Isern. ad c. per successionem. vers. his verò de success. fratr. 2. F. 11. ibiq; Cujac.* hisce potissimum fundamentis. 1. quia jure repræsentationis remotior cum propiore concurrit tantùm, non autem prorsus eundem excludit. *d. §. 6. Inst. de hered. quæ ab intest. &c.*

Si videlicet de masculorum hereditate quæstio fuerit. Nam in fæminarum successionibus frustrà de emancipatione quæritur, cum eæ liberos in potestate habere nequeant. §. *fæmina. 10. Inst. de adopt. l. nulla 13. ff. de suis & legit. hereditatib.* Hinc ubi de aviæ successione vel hereditate lis est, non attenditur, an parentis in potestate constitutus, an verò capite minutus vel emancipatus fuerit. Nam indistincte nepotes ad successionem aviæ admittuntur. *h. l. nr. Cujac. d. lib. 18. obs. 17. eumq; secutus Gothofr. hic in not.* pro paterna, in textu nostro substituit materna ex *C. Theod. l. 4. & 5. de legit. heredib.* ut hic sit sensus, natum post emancipationem matris jure Civili aviæ paternæ vel maternæ succedere. Verum licet hæc lectio & interpretatio in conveniens non sit, tamen cum & communis vitio careat, ab ea temerè recedendum non est.

## Ad L. si matre. II.

Summa *h. l.* est, quod in successionibus semper potior sit causa descendentium, quàm ascendentium. Quod si enim defunctus vel defuncta matrem & simul liberos superstites reliquerit, liberi exclusa matre ipso jure succedunt. *h. l. nr.* Idq; de nepotib. pronepotib. & reliquis deinceps descendentib. quoq; intelligendum est, quo per jus repræsentationis in infinitum usq; admitti & adscendentes excludere verius est, *arg. §. ult. Inst. d. t. de hereditatib. quæ ab intest. infer.* Dicit autem *textus nr.* liberos etiam matri ipso jure succedere, Quæ verba de materna successione alibi non reperiuntur, & intelligenda hîc videntur de habitudine quadam succedendi, ex qua citius præsumitur aditio in hereditate ascendentium, quam in hereditate reliquorum, *secundum Bald ad h. l. nr. n. 1.* Verùm cum hæc verba (ipso jure) valde ambigua sint, ut videri potest apud *Calvin. in Lexic.* & inter alia etiam tuitioni Prætoris opponantur, *l. pr. ff. quib. mod. usufr. amitt. l. 1. §. ult. ff. de superficiebus.* forte & hoc loco ita accipi possunt, ut liberi hodie tam matri, quam patri, ipso jure Civili, sine Prætoris beneficio succedant. *h. l. nr.* hic expediri solet vulgaris quæstio, si forte mulier post obitum mariti alteri nubat, & nono mense pariat, cujusnam partus iste existimandus & ad cujus (priorisne an posterioris mariti) successionem

nem admittendus sit. Et quidam in dubio hoc casu neutrius successionem admittendam volunt, ut refert *Cynus ad l. vulgo 23. ff. de statu hominum.* Sed dubio huic occurritur, ex eo, quod pater sit, quem nuptiæ demonstrant, & in cujus domo filius natus est, *l. filium. 6. ff. de his. qui sunt sui vel al. jur.* Cum ergo filius iste in posterioris mariti domo, ex ipso & uxore ejus procul dubio natus sit, ejus quoq; filium esse & ei soli succedere debere, rectè concludit *Bald. ad h. l. nr. n. 1.* Idq; eo magis dicendum est, si forte prior maritus infirmitate aliave causa impeditus per tempus aliquod cõcumbere non potuerit, *arg. l. 6. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* Sed quid si non in matrimonio, sed concubinatu prioris fuerit? Et hîc in dubio in benigniorem partem, & conseq. filium ex matrimonio potius legitimo, quam concubinatu natum præsumimus, *arg. l. meritò 51. ff. pro socio* cùm aliàs quoq; contingere possit, ut mater adultera sit, & filius tamen defunctũ patrẽ habeat, *l. miles. n. §. quapropter 9. in f. ff. ad l. Jul. de adult.* quem textũ tãquam singularẽ notandũ monet *Bald. ad d. h. l. nr. n. 2.* Adjicit Bald. & hãc quæstionem ex materia statutorum; Mediolani extat statutũ, quo cavetur, ut si mulier extra territorium nubat, in territorio Mediolanensi non succedat, jam mulier mortuo patre hereditati ejus se immiscuit, deinde civi Mutinensi nubsit, dubitatum fuit, an hereditatem paternã retinere possit? Et verius est eam hereditatem omnino retinere, cum statutum ad hereditates adquirendas non jam acquisitas pertineat, *arg. l. fin. ff. si tabb. test. nnll. ex tab. unde liber. Bald. d. loco.* & hereditas semel acquisita proprium mulieris patrimonium factum sit, *l. sed si 10. §. 2. n. fin. ff. de vulg. & pupill. substit.*

## Ad L. Quoties ult.

Attigimus supra *ad l. 9. h. t.* si fortè cum nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, non quidem sui heredes, sed agnati concurrant, eos quartam substantiæ partem sibi vindicare ex *l. 4. C. Theod. de legit. heredib.* Quæ constitutio (quoad particulam istam de concursu cum agnatis) Cod. emendato inserta non est, monente *Justin. in d. §. Inst. d. hereditatib. quæ ab intest. defer.* Sed in locum ejus substituta nova Justin. constitutio in *h. l. ult.* quâ quar-

tam istam sustulit, & nepotes licet ex filia agnatos omnes excludere & solos succedere voluit. *d. §. ult. de hered. quæ ab intestat.* ubi rationem subjicit, ne aliàs qui ex transversa linea veniunt, potiores habeantur iis, qui recto jure descendunt. Nec movet, quod absurdum non videatur, collaterales nonnullos ob jus agnationis descendentibus, qui sunt in aliena familia præferri, *Bach. ad d. §. ult. inf.* Quamvis enim interdum ob favorem familiæ, vel aliam rationem accidentalem contingat, ut agnati fœminis licet descendentibus potiores habeantur, *Ulp. in fragm. t. 26. pr. c. per successionem de success. fratr. vel gradib. succed. 2. F. 11.* tamen naturali rationi conveniens haud videtur, ut agnati descendentibus præferantur, *d. §. ult. de hereditatib. quæ ab intest.* cum illis hereditas partim natura simul, & partim communi voto debeatur, *l. scripto. 7. §. ult. ff. si tab. test. null. ex tab. und. liber.*

Hic notandum quod sub finem ab Imp. adjicitur, leges regulariter de futuris non præteritis negotiis ferri solere *l. leges. 7. C. de legib. ibiq. Goth. in not. Scip. Gentil. de jur. accresc. c. ult.*

## Ad Auth. In successione.

Jure veteri hereditas ab intest. primùm suis & iis quos vel Prætor vel constitutiones inter suos vocabant, delata est, deinde agnatis, iisq; qui per SCtum (Tertull. & Orphitian.) ut & constitutionem Justin. inter legitimos relati sunt: & deniq; cognatis quos Prætor deficiētibus aliis admittebat, ut patet ex *tit. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. & seqq. aliquot. item ex tit. h. nostro & iis quæ* ad singulas leges à nobis dicta sunt. Sed *jure Novell.* variè immutata sunt, imprimis per *Nov. 118.* in qua tres ponuntur succedentium ab intestato ordines, quorū (1) est descendētium, (2) adscendentium, (3) collateralium. Primò igitur ordine ad successionem vocantur descendentes sive liberi & omnibus tam ascendentibus, quam collateralibus præferuntur, *d. N. 118. c. 1. & hac Auth. nostra*, quæ ex eâ desumta est. Primi gradus quidem in capita, ulteriores in stirpes *d. Auth. nostr.* Procedit autem hæc reg. 1. non tātum in patrefam. mortuo, quē hodie etiam heredem habere posse constat, tàm in bonis castrensib. & quasi, quàm adventitiis & profectitiis

ctitiis pleno jure ei adquisitis, *arg. N. 117. c. 1. Ant. Fab. in Cod. suo. ad t. de legit. hered. defin. 5. n. 6. & 7. Paul. Christin. tit. 6. Cod. dec. 67. n. 1. Scip. Gentil. de bon. matern. c. 27. p. 139.* usufr. in aliis adventitiis adscendentibus salvô, *d. N. 118. c. 1. ibiq. Gothofr.* 2. quoad succedẽtes ipsos nulla sexus differẽtia facienda est, sed omnes indistinctè sive filiæ sint, sive filii, sive neptes sive nepotes & cęteri deinceps sive ex filia sive ex filio descendant, *d. N. 11. c. 1. & Auth. nostra.* 3. Non refert utrum liberi in potestate sint, an emancipati, quoniam & emãcipatos hodie jure civili succedere verius videtur per *d. N. 118. c. 1. & Auth. nostra.* Nec obstat quòd hac ratione filius emancipatus nepotem ex eo in potestate retentum excluderet, adeoq; edictum novum de conjungendis cum emancipato liberis sublatum dicendum esset: quod inconveniens putat *Cujac. ad d. N. 110.* Nam quicquid videatur Cujac. hoc omninò menti Imp. convenit, qui expressè omnes voluit liberos sine ulla differentia, utrum suæ potestatis sint, an in potestate constituti, atq; ita emancipatos cum suis æqualiter succedere, *d. N. 118. c. 1. & h. Auth. nostra. Accurs. ad d. N. c. 1. verbo potestatis & h. Auth. in verb. sola naturali Bald. hic n. 5. Vult. ad pr. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. n. 34. Schneid. ad d. t. c. de success. nat. & legitim. n. 5.* Adde quæ supra *ad l. 11. sub fin.* à nobis dicta sunt; sed quid de successione testatoria habendum, an & quo ad eam discrimen inter suos & emancipatos sublatum est? negat *Bald. ad h. Auth. n. 3.* qui etiam hodie suos, si præteriti fuerint testamentum ipso jure nullum dicere, *pr. Inst. de exheredat. liber. l. inter cætera. 30. ff. de liber. & posthum.* emancipatos verò per bon poss. contra tabb. rescindere existimat §. *emancipatos. 3. Inst. d. t. & l. si emancipatus. 6. §. 1. ff. de bon. poss. contra tabb.* Sed affirmativa verior est per *textum in N. 115. c. 3.* ubi imperator indistinctè sive pater sive mater, sive avus sive avia liberos sine causa exheredaverint vel præterierint, testamentum ipso jure nullius momenti esse pronunciat. *Vult. ad §. Inst. d. t. de exheredat. liber. Don. 6. comm. 11. & Dd. magis comm.* Redeundo ad successionem ab intestato, difficultas oritur, an etiam jure feudali emancipati æquè ac sui ad successionem admittantur? Et ratio dubitãdi in eo est, quod ipso jure cognati â successione feudi excludantur. *d. c. per successionem 8.*

*F. 11.* Emancipatos autem sublatâ per emancipationem agnatione cognatos tantùm esse constat, §. *fin. Inst. de de legat. agnat. tut. Sonsbecc. de feud. p. 9. n. 60.* Ratio vero decidendi est, tum quod descendentes masculi generaliter & indistinctè ad successionem feudi vocentur. *c. quia §. cum vero. 2. & §. seqq. 1. F. 1.* tum quod etiam jure civili novissimo emancipati cum suis æqualiter admittantur, ut modo diximus; quod hîc tanquam in casu jure feudali non deciso merito sequimur. *c. Obertus in f. pr. 21 F. 2.* Nec movet ratio dubitandi supra allata: quoniam responderi potest, non quidem hodie emancipationem capitis deminutionem non esse, ut putat *Govean. 1. Var. lect. 26. Vacon. à Vacun. decl. 16. n. 11. Don. 6. comm. 16. ibiq. Hillig. lit. n.* id enim textibus juris in §. *præterea 6. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solv. §. minima. 3. in f. ff. Inst. de capit. demin.* convenire non videtur *Ant. Fabr. in jur. Papin. d. t. de capit. deminut. pr. 11. l. 4. & 9.* sed potius emancipatis, licet agnati non sint, legum tamen beneficio agnatorum jura quoad successionem per omnia & in omnibus tributa esse, *d. N. 118. c. 1. Boter. de success. feud. c. 3. q. 10.* vel agnatos in jure feudali vocari eos, qui per masculos conjuncti sunt, & per idem gentilitatis nomen familiam retinent, quales & emancipatos esse, negari non potest. *Duaren. de feud. 11. n. 3. Alvar. ad d. c. quia. §. hoc quoq. 4. n. 11. Andr. de de Isern. si de feudo. §. adoptiv. 2. F. 26. Curt. p. 3. videtur. 2. n. 2. Nicol. Intrigl. q. 49. n. 9. Rosenth. c. 7. concl. 16. n. 1. & Dd. comm.* fatente etiam *Sonsbecc.* qui & ipse tandem huic opinioni tanquam tutiori accedit *d. n. 60. inf. Adde Bald. ad h. l. 112. n. 7.* Limitatur 1. quando ob crimē aliquod vel parentum vel propriū à successione removentur. Quamvis enim quivis ex proprio admisso teneri, nec liberi parentum luere pœnas debeant, *l. crimen. 6. ff. de pœn. l. Sancimus. 22. C. eod. & arg. tit. t. C. ne fil. pro patr.* tamen excipiuntur quædam atrocissima crimina, quæ liberos à successione parentum repellunt, puta læsæ Majestatis. §. *contrarium. 5. Inst. de hereditatib. quæ ab intest. defer. l. quisquis. 5. C. ad l. Jul. Maj.* quamvis filiabus tanquam minus ausuris Falcidia ex maternis relicta sit, *d. l. 5. §. ad filias.* item hæreseos *Auth. Gazaros. C. de heretic. & Manich. c. statutum. 15. de hæretic. in 6.* Sic quoq; si liberi hæretici fuerint, ab omni

omni parentum hereditate excluduntur, *l. qua de Samaritis. 18. §. 1. C. d. t.* Idem est si liberi parentes testari prohibuerint: neq; enim hoc casu tantum justè exheredari possunt, *l. testamenti 23. C. de inoff. test. N. 115. c. 3. §. si convictus. 9.* Sed etiam hereditas, si forte parentes sine testamento decesserint, iis tanquam indignis aufertur, & fisco vindicatur, *l. 1. & 2. ff. si quis aliq. testari prohibuer. & l. 2. C. eod. t. Gothofr. ad d. l. 23. C. de inoff. test. Dn. Rittershus. ad Nov. p. 7. c. 9. n. 2.* Deinde quando statuto vel aliquo jure singulari, aut etiam pacto filiæ masculis extantibus à successione excluduntur. Et statuta quidem ejusmodi multa in Italia vigere testatur *Bald. ad l. praeced. h. t. n. 1.* eorumq; mentionem diversis locis facit *Geil. 2. obs. 98. n. 9. obs. 124. n. 105. & obs. 148. n. 5. & 5.* Adde de validitate horum statutorum *Bodin. 5 de Republ. c. 2. pag. (mihi) 793. Forster. de success. lib. 3. c. 13.* Jure singulari in feudis à successione arcentur filiæ & omnes regulariter fœminæ, earumq; descendentes, *d. c. quia hoc autem. 1. F. 1. c. sequitur. §. fin. de success. feud. 1. F. 8. c. si quis. quemadmodum feud. ad fil. pertin. 1. F. 24.* Heredis enim appellatio in jure feudali de masculo accipienda est, *c. si clientulus vers. etsi clientulus, de alienat. feud. 1. F. 13.* Rationes hujus juris variæ afferuntur, sed potissimæ hæ sunt, tum quod mulieres Dominũ neq; auxilio, neq; consilio juvare valeant *arg. c. mutus. inf. an mut. vel alias imperf. 2. F. 36. & §. 1. Inst. quib. alien. licet. Bald. ad d. l. praeced. n. 2.* tum quod honestum non videatur, ut mulieres virorum cœtui se immisceant, *l. 1. ff. de postul. Jacob. de S. Georg. tr. feud. §. Marchia in Italia n. 4. Cu. t. p. 3. mbr. 1. n. 1. Zas. p. 8. n. 36. Sonsbeec. p. 9. n. 120. Schrad. p. 7. c. 4. n. 1. Hartm. Pistor. p. 2. q. 34. n. 1.* tum etiam quod per masculos, non fœminas familiæ conserventur: quippe mulier caput & finis suæ familiæ est, ut eleganter loquitur *Paul. in l. pronunciatio. 195. inf. ff. de V. S. Forst. de success. lib. 4. c. 23. n. 48.* Quæ rationes licet insufficientes videantur *Gloss. in d. c. quia §. hoc a. 1. F. 1. Jul. Clar. 4. Sent. §. feudum. q. 73. n. 1. Hieronym. Garzon. de famin. ad feud. recip. n. 8.* qui nullam aliam reddi posse existimant, quàm quod primis feudorum authoribus ita placuerit: tamen cum partim ex communi fœminarum natura, partim ex ipsius feudi conditione desumtæ sint, temerè repudi-

pudiandæ non videntur. *Adde Jan. ab Arcedur. c. 2. concl. 6. n. 4. & 5. concl. 7. n. 30. Bocer. de success. feud. c. 3. q. 3.* Quod ad descendentes ex fæminis masculos attinet, licet rationes pleræq; , quæ fæminas excludunt, cessent, tamen & ipsi à successione repelluntur, *d. c. quia. §. hoc autem 1. F. 1. c. per successionem. de success. fratr. vel gradib. succed. 2. F. 22.* tum quod & in his eadem militet de conservatione familiarum ratio, cùm descendentes ex fœminis, non illarum, sed patris sui familiam sequantur. *l. familia. 196. §. 1. ff. de V.O.* tùm quod succedés non sit melioris conditionis, quam is cui successit. *l. in his. 175. §. 1. ff. de R. J.* nec quisquam plus juris in alium transferri possit, quàm ipse habuit. *l. nemo 54. & l. 120. ff. eod. tit.* tùm, quòd successiones non fiant per saltum, sed servato juris ordine, ita, ut si præcedens gradus, capax non sit, nec sequens admittatur, *arg. §. placebat. 7. Inst. de legit. agnat. success. Jacob. de Bellov. ad d. c. quia. §. hoc autem 3. ibiq; Andr. de Isern. n. 19. Bald. n. 12. Alvar. n. 5. in fi. Schenck. n. 8. Duar. c. 9. n. 18. & 19. Rosenth. c. 7. concl. 32. n. 23. & 24. Adde Tiraqnell. de jur. primogen. q. 13. & Forst. d. c. 23. n. 49.* Non obstat *c. si cui militi, Casus quibus famin. in feud. succed. 2. F. 104.* ex quo non tantùm descendentes masculos, sed ipsas fæminas certis casibus succedere apertè colligitur. Respondetur enim, non quidem ibi, de feudo franco, & ad certa servitia dato, quæ mulieres æquè ac masculi honestè præstare possunt, sermonem, adeoq; exceptionem à regula esse, *Jac. de Bellov. & Alvar. ad c. item si §. quin etiam. Episc. vel Abbat. 1. F. 6. Vult. lib. 1. de feud. c. 9. n. 41. & 42. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 34. n. 29. & 37. Jan. ab Arcedur. d. c. 2. concl. 7. n. 39. & seqq. & Dd. comm. teste Clar. d. §. feudum. q. 73. n. 7. & 8.* Hoc enim Juris feudalis dispositioni convenire non videtur, quòd fæminæ ab omni feudo *d. c. quia §. hic autem. 1. F. 1.* etiam eo, quod ad certa servitia datum est, excluduntur. *c. Obertus inf. in quib. caus. feud. amitt. 2. F. 23.* Sed potius *d. c. si militi*, extraordinarium esse, adeoq; contra textus & rationes juris feudalis ordinarii authoritatem nullam habere ut monet *Gloss. ad c. Imperialis in fin. de prohib. alien. per Lothar. 2. F. 52.* & in his ipsis terminis *Bald. ad d. l. ult. h. t. n. 3. Jacob. de S. Georg. in §. & fæminis. n. 5.* maximè cùm feudum, in uno alteratum, in reliquis naturam proprii feudi retineat. *c. si*

*quis. de feud. non hab. propr. feud. nat. 2. F. 48.* & ratio à conservatione familiæ petita, in hisce feudis æquè ac in propriis obtineat. *Zas. p. 8. n. 49. Curt. d. p. 3. membr. 1. n. 12. inf. Querrin. Pissonc. q. 31. n. 16. in fin. Garzm. d. tr. n. 98. Rosenth. c. 7. concl. 33. n. 10. Ferdin. lib. 7. controv. c. 40. Bocer. d. c. q. 33.* Præterea & pactis interdum filiæ à successione parentum repelluntur, quando videlicet dote accepta, patris hereditati juratò renunciant, *c. quamvis 2. de pact. in 6.* Quamvis enim jure Civili omnes ejusmodi pactiones de futura hereditate, tanquam contra bonos mores initæ improbentur. *l. fin. ff. de suis & legit. L. pactum. 3. C. de collat. l. ex eo. 4. C. de inutil. stipul.* etiamsi juramentum intervenisset, *l. juri gentium. 7. 8. & generaliter 16. ff. de pactis.* jure tamen Canonico, & notoria ac rationabili Germaniæ aliarumq; nationum consuetudine valent, si juramento confirmatæ fuerint. *d. c. quāvis 2. de pact. in 6. ibiq; Gloss. & D. d. Ferd. Vasq. de success. creat. lib. 2. §. 18. n. 59. & multis seqq. Theod. Reinck. ad d. l. ult. C. de pact. n. 93. & seqq.* Nisi tamen filia per renunciationē imodicè læsa fuerit: tunc enim contra renunciationem in integrum restituitur, ut post alios à se allegatos, tradit *Gail. 2. obs. 147. Myns. cent. 5. obs. 59. Berth. Grav. pr. conc. 2. concl. 147. Fachin. 8. controv. 69. Paul. Christ. n. 231.* Illud hîc quoq; notandum, renunciationes ejusmodi tanquam contra jus commune factas stricti juris esse, adeoq; super hereditate paterna interpositas ad hereditatem matris vel fratris extendi non debere. *arg. l. tres fratres 35. ff. de pact. ibiq; Gloss. in verb. posse. Guid. Pap. decis. ad lib. 6. C. decis. 28. Dec. cons. 238. n. 3. & Cons. 266. n. 2. Gail. 2. obs. 148. n. 12.* Tertiò deniq; limitatur regula Auth. nostræ, ut liberi primi gradus omnes æqualiter succedant, nisi dignitas aut consuetudo vocet primogenitum: ut in filiis Regum, Principum, & Nobilium etiam nonnullis in locis fieri videmus. *Tiraqu. in tr. de jur. primogen. Gregor. Tholos. in Syntagm. Jur. univers. l. 45. Dn. Rittersh. ad Nov. d. c. 4. n. 12.* Ubi quæstio incidit, si fortè Rex aut Princeps habeat filium ante, & alium post dignitatem adeptam natum, uter in successione Regni & Principatus præferendus sit? Et pro posteriori quidem, scil. qui in ipsa dignitate natus est, facit, tùm quòd ipse reverà Regis vel Principis primoge-

genitus sit, pri re quippe in privata patris conditione nato: tùm textus *in l. si Senator. 11. C. de dignitat. c. imperialis. 23. §. his illud. 5. C. de nupt. l. quicunq; 7. C. de Principib. agent. in reb. Gloss. in d. l. 23. §. 5. verb. natæ sint C. de Nupt. & Dd. communiter. teste Dn. Ungep. Exerc. 2. q. 13.* Pro priori pugnat tùm *textus in l. 5. ff. de Senator.* Cùm imprimis ætatis privilegium, & ipse ordo nascendi, quo hunc primogenitum esse negari non potest. *Justin. lib. 2. Hotom. ill. q. 2. Tiraq. de jur. primogen. q. 31. n. 27. Tholos. 7. de Rep. 9. Forst. de success. lib. 4. c. 24. n. 36. & seqq.* Quidam distinctionibus inter regni & bonorum aliorum successionem, vel inter verba statuti, an ita simpliciter de primogenito regis concepta sint, vel inter Regnum & Principatum avitum, & à privato demum quæsitum, rem expedire conantur, ut videre licet *apud Forst. d. c. 24. n. 32. & seqq. alisquot.* Verùm hæc quæstio non tàm ex textibus juris privati, quàm rationibus Politicis, & jure publico decidenda videtur. Nam, ut taceam, quod filius in privata conditione natus, statim eo ipso dum patri regnum vel principatus delatus est, regis quoq; vel principis filius esse inceperit. *arg. d. l. 11. C. de dignitat.* Status utiq; Principem, ejusq; posteros eligentes ad jam natum potius filium, de cujus vita & moribus fortè jam constabat, quàm ad nasciturum, adeoq; incertum planè respexisse intelligendi sunt, ut rectè monet *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 19. th. f. lit. H.* Sed nec textus ex jure civili adducti pro cõtraria opinione magnoperè stringũt. Responderi enim potest 1. in genere eos non de successione, sed privilegiis quibusdã, quæ liberis adhuc vivis parentibus competunt, agere, adeò huc nõ rectè applicari. Deindè in specie *l. 11. C. de dignit.* Si rectè inspiciatur, hoc tantum probare, quod pater ante dignitatem privates quidem liberos habeat, sed postea adquisitam eam etiam liberis communicari, cùm paternos honores liberis invidere non oporteat. *Tholoss. d. c. 9. Duar. 2. Disp. 29. L.* verò *23. §. 5. C. de nupt. & l. 7. C. de principib. agent. in reb.* loqui de liberis ex mulieribus scenicis vel parentibus cohortalibus susceptis, qui per subsecutam dignitatem paternam aut mutationem status conditioni pristinæ & oneri, quod incumbit, meritò non eximuntur. *arg. l. ult C. de decur.* Quartò deniq; limitatur quoad nepotes

suc-

& cæteros deinceps, ut ii demùm vel soli, vel cum aliis liberis ad successionem admittantur, qui vivo avo saltem concepti sunt. Nã qui mortuo avo, & nati, & concepti sunt, à successione excluduntur, cùm nullo cognationis jure patrem sui patris attigerint. *§. & licet. 8. Inst. d. t. de hered. quæ ab intest. def. l. Titius. 6. ff. de suis & legit. l. si quis. 6. in fin. pr. ff. de injust. rupt. &c.* Nec movet, quod licet nepos iste non ex sua persona, tamen ex persona patris per repræsentationem admittendus videatur. *Wesemb. ad d. §. 8. Forst. d. lib. 4. c. 23.* Nam hæc interpretatio *dd. textibus* convenire non videtur, cùm jus nostrum cum demùm ad hereditatem vocet, qui moriente eo, de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit. *d. l. 6. ff. de suis & legit.* Unde nec transmissio hîc locum habere potest, quo inclinat *Bart. in Auth. itaq; mortuo. C. comm. de success. per text. in l. un. C. de his, qui ant. apertas tabb.* quoniam nec transmissio aliter obtinet, quàm si capax sit is, ad quem transmittenda est hereditas, i. e. saltem conceptus fuerit moriẽte eo, de cujus hereditate lis est. *arg. l. 6. de suis & legit. juncta d. l. un. C. de his, qui ant. apert. tabb.* Jure tamen novissimo fortè aliud dicendum, ut cum eo non suitatis, sed naturale sanguinis jus attendatur, nepotes licet post mortem avi concepti, nihilominus tanquam ex sanguine defuncti naturaliter descendentes, ad successionem admittantur. *d. Nov. 118. c. 1. & Auth. nr. in fin. Hillig. ad Donell. 9. Comm. 2. lit. L. in fin.* Quamvis enim jus antiquum *l. 12. tabb.* hîc expressè correctũ non reperiatur, quod urget *Diodor. Tulden. ad h. t. c. 4.* tamẽ ratio ejus sublata, adeoq; jus ipsũ per necessariam cõsequentiã correctũ est: quippe ratione legis correcta & ipsa lex correcta intelligitur, *arg. l. 1 pr. ff. de legit. tutor. ibiq; Gloss. & Dd. Everh. in Top. loc. à ratione legis larga &c. 79. n. 8.* Huc pertinet quæstio: Si Rex vel Princeps decedat relicto nepote ex filio primogenito, & filio secundo genito, uter præferri, & ad regalem dignitatem admitti debeat? Et pro filio pugnat *Bart. in Auth. post fratres. C. de legit. hered. And. de Isern. ad c. per successionem. vers. his verò de success. fratr. 2. F. 11. ibiq; Cujac.* hisce potissimum fundamentis. 1. quia jure repræsentationis remotior cum propiore concurrit tantùm, non autem prorsus eundem excludit. *d. §. 6. Inst. de hered. quæ ab intest. &c.*

*cum similibus.* 2. Quoniam eadem est ratio primogenituræ, quæ est proximitatis, ideoq; sicuti eo casu, quo proximitatis jure defertur successio, solus succedit, qui tempore mortis proximior fuit. *l. 1. ff. unde legit. l. 3. ff. unde cognati.* ita etiam ubi primogenitus ad successionem vocatur, succedet is, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, primogeniti gradum locumq; obtinet. 3. *arg. l. si libertus. 23. §. 1. ff. de bon. libert.* ubi filius priores nepotes ex altero filio in successione liberti excludit. 4. deniq;, quod jus primogenituræ tanquam exorbitans à jure communi, strictam interpretationem recipiat, nec ad alium, quàm quem verè Seniorem sive primum invenit, extendi possit. Nepotis verò partes tuentur *Joh. Andr. in addit. ad Specular. i. t. de feud. Jacob. de S. Georg. de feud. §. 1. vers. Quid si vel Dux. n. 8. Illustr. Schenck. ad c. de Marchia. pr. n. 14. de feud. March. 1. F. 14. Tiraq. de jur. primogenit. q. 40. Forst. de success. lib. 4. c. 20. Hotomann. ill. Q. 3. Bodin. de Republ. lib. 6. c. 5. pag. (mihi.) 1070. Fach. 6. controv. 2. Rosenth. c. 4. concl. 26. n. 13.* Rationes illorum præcipuæ sunt, 1. quia pater & filius naturâ penè eadem persona esse intelliguntur, *l. fin. C. de impub. & al. substitut. §. 4. Inst. de inutil. stipul.* imò una caro esse probantur. *c. contradicimus. §. authoritate. 35. q. 3.* 2. quoniam nepos ut communi. *l. si nepotes. 7. ff. de collat. bon. l. praced. h. t. nr.* ita & feudali jure in jus & locum filii succedit. *d. c. sequitur pr. 1. F. 8. & cap. si quis. §. fin. Constitutiones feudal. Dn. Lothar. &c. 1. F. 16.* proindeq; primogeniti jure uti, & patruum à successione excludere debet. *arg. l. qui in jus, 177. ff. de R. J.* Deniq; quia in successione Electorali expressè hoc ita constitutum est *in Aur. Bull. Carol. IV. c. 7. Trentl. vol. 1. Disp. 19. th. fin. lit. A. in fin. Hieron. Setzer. D. feud. 7. th. 11.* Nec movent fundamenta pro patruo sive filio suprà allata. Nam ad 1. respondetur, id procedere jure communi, quo omnes liberi patribus æqualiter succedunt. *d. l. praced. h. l. nr.* at jure consuetudinario, quod primogenitum aliis præfert, nepotem quoq; ejus, qui ad condicionem filii redactus est, *l. sed si 6. §. nepotes. 1. in fin. ff. de hered. istit.* meritò reliquis præferri. Ad 1. negando eandem proximitatis & primogenituræ rationem esse, cùm in primogenitura jus repræsentationis locum habeat, secus, quàm in proximitate contingit. Deinde

inde & nepotem hîc primum sive proximum esse, cum filii primogeniti locum teneat, nemoq; ipsum in gradu præcedat. *arg. l. proximus. 29. ff. de V. S. l. 1. §. proximus. 5. cum duobus seqq. ff. unde cognat.* Ad 3. dicendum est. *d. l. 23. §. 1. ff. de bon. libertor.* loqui de successione libertorum, in qua juri repræsentationis locum non esse patet *ex l. libertinus. 5. §. 1. ff. eod. t.* idq; ideò, quoniam patrono ex legibus 12. tabb. jus agnationis tributum est. *arg. l. liberto. 17. d. t.* quod repræsentationem non admittere expeditum est. *§. si plures. 5. Inst. de legit. agnat. success.* Ad 4. deniq; respondetur negando, quod hîc ulla fiat extensio, quoniam nepos ipso jure in filii primogeniti locum succeffit. *arg. §. sui autem. 2. Inst. de hered. qual. & differ.* adeoq; meritò etiam pro primogenito habetur. *Bocer. de success. feud. c. 3. q. 419. Add. Exer. 11. th. 4. Bald. ad h. l. nr. n. 1. & ad l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. deliber. n. 11. & seqq. ubi in utramq; partem prolixè hanc quæstionem discutit.*

## TIT. LV.

## Ad SCtum Tertullianum.

Postquam præced. tit. de successione liberorum, sive descendentium actum, h. t. de successione parentum, imprimis matrum agitur. Quamvis enim *leg. 12. tabb.* quæ solos suos & agnatos vocabat, mater ad hereditatem liberorum non admitteretur. Nec Prætores alium, quàm inter cognatos vocarent. *pr. Inst. de SCt. Tertull.* tamen hæ juris angustiæ paulatim constitutionibus emendatæ sunt, & 1. *Imper. Claudius* matri ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum hereditatem detulit, §. *1. Inst. d. t.* Deinde, *SCto Tertulliano,* quod *D. Adriani (sive D. Pii,* qui ab Adriano adoptatus, ejus quoq; nomen retinuit, monente Cujac. hîc in not.) temporibus, Tertyllo COS. factum est, matri, non aviæ tristis successio delata est; Si videlicet ingenua trium, libertina 4. liberorum jus habuit. *d. §. postea. 2. Inst. d. t.* & neq; pater, neq; fratres vel sorores consanguineæ adfuerint; quippe pater & fratres matrem excludebant; Sorores verò consanguineæ, non uterinæ, unà cum matre admittebantur. *§. præferuntur. 3. Inst. h. t.* Tertiò Justin. omnibus matribus jus legitimum, tàm libertinis, quàm ingenuis cōtulit, ut etiamsi semel tantùm peperérint, tamen ad succes-

sionem defuncti istius admittantur. § *sed nos 4. Inst. d. t.* & unà cum fratribus & sororibus, etiam uterinis in capita, cùm solis autem sororibus ita vocentur, ut mater dimidiam, alteram dimidiam hereditatis omnes sorores caperent, §. *pen. Inst. eod. tit. & l. ult. C. h. t. nr.* Sed jam singulæ leges paucis percurrendæ sunt.

## Ad L. licet. 1.

Hæc l. satis expedita est, & hoc tantùm continet, quod mater etiam filio infanti absq; ulla dubitatione succedere possit: licet infans matris hereditatem adire nequeat; Sed ejus nomine pater, si in ejus potestate sit, ut tutor eam petere debeat, *l. si infanti. 18. C. de jur. delib.* Illud ex hoc textu notat Bald. quod quandoq; per se quis heres existat, quãdoq; per aliũ. Id quod in infante speciale est, cùm aliàs hereditatis aditio, tanquàm actus legitimus per alium expediri neque at. *l. actus. legitimi. 77. ff. de R. J. l. per procuratorem (ita enim rectius legitur cum Cujac. 3. obs. 34.) ff. de adquir. vel omitt. hered.*

## Ad L. in Successione. 2.

Si fortè in successione filii emancipati, sine liberis & fratribus & sororibus morientis, pater concurrat, patrem matri præferendum esse rescribunt *Impp. Diocle. & Maxim. in h. l. nr.* Dubitandi ratio est, tùm quod pater & mater in eodem sint gradu, adeoq; æqualiter ad successionem admittendi videantur. *arg.* §. *ult. Inst. de servil. cognat. & Auth. defunct. h. t. nr.* tùm *in textu l. ult.* § *1. h. t. nr.* ubi ususfructus hereditatis pro besse patri & matri æqualiter tribuitur. Decidendi verò ratio in textu ponitur, quoniam parenti manumissori jus vetus, id est, patroni ex contracta fiducia quæsitum, servatum est. Olim enim pater manumissor, sive emancipator, *l. 1. §. 1. ff. qu. de pecul. act. annal. l. 1. ff. si à parte quis manum.* non aliter emancipato filio succedebat, quàm si cum contracta fiducia emancipasset, §. *ult. in fin. Inst. de legit. agnat. tut.* i. e. si hoc actum, ut tertiò emancipatus filius à patre fiduciario patri naturali remanciparetur. *Cujac. lib. 2. Instit. t. 6. §. ult.* Hodiè verò sublatis istis imaginariis venditionibus & mancipationibus, quarum mentio est *in l. 3. § 1. ff. de capit. minut. & §. prætereà. 6. Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit.*

*solvit.* parens filium semper contracta fiducia manumittere intelligitur, adeoq; indistinctè tanquam patronus ad legitimam ejus successionem admittitur. *d.* §. *ult. Inst. de legit. agnat. success. l. ult. C. de emanc. liber.* Non obstat gradus æqualitas in patre & matre, quoniam ea hoc casu propter jus patroni patri servatum non attenditur *d. h. l. nr.* quamvis jure novissimo aliud constitutum, & matri & patri idem jus tributum sit. *Nov. 118. c. 2. & D. Auth. defunct. h. t. nr.* Sed nec *d. l. ult.* §. *1. h. t.* multum ad rem facit, non quidem quod & ipsa *h. l. nr.* corrigat, quod velle videtur *Gothofr. in not. d. h. l. nr.* Sed potius quòd alius sit casus, videl. quoniam cum patre & matre, etiam fratres & sorores concurrunt, ut ex ipso textu satis apertè colligitur. Illud fortassis magni momenti non est, quod *Bach.* monet *ex h. l. nr.* saltem à contrario sensu sequi, quòd fratres & sorores etiam patri manumissori præferantur, *ad* §. *sunt. autem. 1. vers. tertiò. decem personis. Inst. de bon. possess.* Nam ut taceam, quod argumenta à contrario sensu contra textus & manifestas rationes juris nullam vim habeat, ut docet *Everh. in Top. loco à contrario sensu. 82. n. 4. & seqq.* videtur. *nostr.* hoc tantùm velle, quod fratribus & sororibus extantibus pater matri non præferatur, sed ad usumfr. pro besse ambo admittantur, ut modò dictum *ex d. l. ult.* §. *1. h. t. nr.* Limitatur autem decisio hujus legis, ut in patre tantùm, non avo, manumissore procedat, cui matrem præferri cōstat *ex* §. *præferuntur. 3. Inst. h. t. nr.* Nisi fortè cum avo & parens concurrat, quo cum avus manumissor potius sit, fit ut hoc casu avus quoq; matrem excludat. *l. æquissimum. 5.* §. *fin. ff. h. t. Gloss. ad h. l. nr.*

## Ad L. matres. 3.

Quemadmodùm jura matribus prospexerunt in successione liberorum, ita æquum visum fuit, ut & ipsæ vicissim liberis suis consulerent, & impuberibus iis tutores peterent; aut nisi id fecerint, à morientium successione omninò repellerentur. §. *pen. Inst. h. t. l. 2.* §. *qua autem. 2. ff. qui pet. tutor. l. 2.* §. *si mater. 23. ff. h. t. nr.* Ratio est, quoniam indigna videtur mater successione filii, cui impuberi ipsa tutorem idoneum petere neglexit, *d. l. 2.* §. *23. & d. l. 2.* §. *1. ff. qui pet. tutor.* Nec quicquam refert, utrum liberi legitimi, an

an naturales tantùm. *l. ult. C. d. t. qui pet. tutor.* ut.um primi gradus, an ulteriores fuerint, nam & aviam, tàm paternam, quàm maternam, ob non petitos tutores, à nepotum successione repelli, patet *ex d. l. 2. §. filii. 28. ff. h. t. ibiq. Bart. Forst. de success. lib. 7. c. 16. n. 11.* Limitatur autem hæc regula. 1. Si liberi, quibus tutores petiti non sunt, puberes postea decesserint. *h. l. nr. & d. §. penult. inf. Inst. h. t.* Ratio est, quoniam pubes, cùm testamentum facere potuerit, intestatus dum moritur, injuriam, si qua fuit, matri remisisse, ipsiq; tacitè hereditatem reliquisse intelligitur. *arg. l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de jur. Codicill. Mynf. Wesemb. Clar. Dn. Rittersh. & Dd. comm. ad d. §. pen. Inst. h. t.* 2. Si fortè ex re & commodo pupilli non sit, ipsi tutorem constitui; putà, si amplum legatum pupillo sub hac condicione relictum sit. Si tutores non habuerit: tunc enim, si majus emolumentum legati sit damno tutoris non petiti, matri ignoscendum est. *d. l. 2. §. tractari. 44. ff. h. l. nr.* 3. Si mater minor 25. annis fuerit, etiamsi tutorem non petierit, tamen liberorum successio minimè denegatur. *l. 2. C. si advers. delict.* ita, ut ipso jure tuta sit, nec beneficio restitutionis in integrum opus habeat, *arg. d. l. 2. in fin.* ubi in majoribus tantùm matribus pœnam istam obtinere expressè rescriptum est. Non obstante *l. 1. ejusd. tit.* quæ de delicto commissionis, non omissionis apertè loquitur: quo casu, si citra dolum malum perpetratum fuit, ipsi restitutione in integrum succurritur. *Forst. d. lib. 2. c. 16. n. 5.* Quartò, si liberi alios tutores, puta legitimos habuerint, *Gloss. ad h. l. nr.* Quod jure *ff. & Codic.* verum est, quo mater tutor esse non poterat. *l. 1. C. quand. mul. tut. offic.* nisi tutelam liberorum à Principe impetrasset, *l. 2. eod. tit.* Jure verò Novellarum, quo mater in tutela liberorum, si velit administrare, omnibus agnatis & dativis tutoribus præfertur. *Nov. 118. c. 5. Auth. matri. C. d. t.* aut ipsa bona liberorum administrare, aut tutores petere debet, ut rectè *Bart. ad h. l. nr. Adde Bald. n. 1. & ad l. precibus. 8. C. de impub. & al. subst. n. 17. & seqq.* Deniq; si pupillus, cui tutorem non petiit mater, intra annum mortuus sit. *arg. d. §. pen. Inst. h. t. l. sciant. 10. C. de legit. hered. Angel. Aret. ad d. §. pen. n. 3. & eodem testante Dd. comm.* Verùm hæc opinio satis apertè refellitur per *d. l. 2. §. si mater. 23. ff. h. t. & l. 2. §. 2. ff. qui pet.*

tutor.

*tutor.* ubi mater confestim tutores petere jubetur: quod verbum, frustra, ad annum refert *Angel. d. loco.* Nec obstat *d. §. pen. Inst. h. t. & d. l. 10. C. de legit. tutor.* Responderi enim potest, excusari matrem usq; ad annum, si justa & legitima causa impedita fuerit, ita, ut ultra annum nulla excusatio admittatur. *d. l. 2. §. confestim. 43. ff. h. t.* Et hoc voluit *Azo in summ. ad h. t. n. 4. ut & Richard, relatus à Bart. in d. l. 10. C. de hered. & ipse Bart. in d. l. 2. §. 43. h. t. qui tamen n. 2.* subjungit, satis esse, si mater intra 50. dies tutorem petierit: cùm quivis tutor tantum temporis habeat ad interponendam excusationem. *§. quia. 16. Inst. de excus. tut. & l. 13. ff. eod. tit.*

## Ad L. si qua mulier. 4.

Secundæ nuptiæ (quales sunt omnes, quæ post primas contrahuntur. *arg. l. si quis. 8. §. tamen. 2. supra ae secund. nupt.*) vel in se considerantur, vel quatenus nimis festinanter, id est: intra annum luctus contractæ sunt. Et omnes quidem odiosæ sunt, & certis etiam pœnis jure Civili afficiuntur, ut patet *ex l. fin. C. de bon. matern. l. 1. & tot. t. ff. de secund. nupt. Nov. 22. c. 2. & seqq. aliquot. Clar. Dn. Rittersh. de diff. jur. Civ. & Can. lib. 2. c. 1. 2. & 3.* Verùm istæ tamen in se & simpliciter consideratæ nullo laborant vitio, ut tùm ex fine earundem, procreatione videlicet Sobolis, tùm ex dicto *Apost. 1. ad Corinth. 7. vers. pen.* ubi mulier libera dicitur, ad nubendum, cui velit, modò fiat in Domino, satis colligitur. Undè & pœnæ iis propositæ non tàm ad odium contrahentium, quàm favorem liberorum prioris matrimonii apertè respiciunt, ut patet *ex l. fœmina. 3. C. d. t. de secund. nupt.* Adde *Arnisa. de jur. connub. c. 5. sect. 6.* Hæ verò (intra annum luctus contractæ) meritò turpes & inhonestæ habentur, tùm propter reverentiam priori viro debitam, quam festinatione hac nuptiarum violare videntur. *h. l. nr. pr.* tùm propter turbationem sanguinis, ut monet *JCt. in l. 11. §. 1. ff. de his, qui not. infam.* tùm propter suspicionem, ne fortè cum secundo marito, vivo adhuc priore consuetudinem turpem habuerit. *Nov. 39. c. 2. Azo in summ. C. de secund. nupt. n. 4.* Hinc mulier intra annum luctus nuptias contrahens, non tantùm infamis efficitur, *l. 1. ff. d. t. Decreto. 15. C. eod. & h. l. nr.* Sed aliis etiam pœnis afficitur,

tur, quarum præcipuæ enumerantur *in l. 1. C. de secund. nupt.* quæ eorundem Impp. est, & h. l. nostræ, vel certè hæc illius particula est, quemadmodùm subscriptio utriusq; legis haut obscurè innuit. Procedit autem hæc infamiæ pœna, non tantùm si prægnans mulier, vel de qua dubitatur, an prægnans sit, nupserit, sed etiam si prægnantem non esse certò constiterit, fortè quod intra tempora legitima partum ediderit. *arg. l. 1. & 2. C. de secund. nupt.* Nec obstat *d. l. 11. §. Pomponius. 2. ff. de his, qui not. infam.* ubi ea, quæ intra legitimum tempus peperit, statim nuptiis se collocare potest. Respondetur enim, id verum esse in eo tantùm marito, quem more majorum lugere non potest, ut apparet *ex §. 1. & §. 3. d. l. 11. Azo. ad d. t. de secund. nupt. n. 4.* Deinde non excusatur à pœna mulier, etiamsi talis fuerit maritus, quem more majorum lugeri non oportebat. *d. l. 11. §. 1. juncta l. minima. 35. ff. de relig. & sumt. funer.* Etsi enim una ratio, putà, reverentia marito debita hoc casu deficiat, *d. l. 11. §. 2.* tamen supersunt duæ reliquæ: turbatio videlicet sanguinis, & suspicio pravæ consuetudinis, *d. l. 11. §. 1. & d. Nov. 39. c. 2.* Quoties autem alicujus legis duæ vel plures causæ sive rationes finales sunt, toties una cessante, non statim cessat ipsa dispositio, sed per alteram adhuc sustinetur & valet. *arg. §. affinitatis. 6. & §. seq. Inst. de nupt. Everh. in Top. loc. à cessatione rationis. 80. n. fin.* Deniq; non tantùm mulier fit infamis, quæ infra annum luctus nubit, sed etiam is, qui sciens, aut jus ignorans eam ducit. *d. l. 11. §. ult. de his, qui not. infam.* Limitatur autem *h. l. nostra.* 1. Si Princeps mulieri intra annum nuptias contrahendi licentiam dederit, *l. solet. 11. ff. d. t.* ut non tantùm infamia, sed & reliquæ pœnæ cessent. Si liberos ex priori matrimonio non habuerit, aut si iis dimidiam partem omnium facultatum, quæ tempore nuptiarum fuerunt, purè, ne usufr. quidem retento, donaverit. *h. l. nr. Azo. add. t. de secund. nupt. n. 8.* Ubi notandum dimidiam istam partem ita ad liberos pertinere, ut uno illorum deficiente, ejus portio, non ad matrem, sed superstites fratres vel sorores devolvatur, & ultimo demùm intestato decedente ad matrem duræ fortunæ solatium revertatur. *d. h. l. nr.* Deinde jure Can. mulieri etiam intra annum luctus nubenti infamiæ pœnæ remissa est. *l.*

*pen-*

*pen. & ult. extr. de secund. nupt.* propter supra allegatum dictum *Apost. ex 1. ad Corinth. 7. vers. pen.* ubi habetur, mulierem secundò licitè nubere, modò id fiat in Domino. Qui textus Sacrarum literarum, licet contra mentem Apostoli in alium planè sensum detorqueatur, ut pluribus ostendit *Dn. Rittersh. de differ. Jur. Civ. & Can. lib. 2. c. 4.* neq; Canonum conditoris sit, tollere leges Civiles, ubi non de peccato, sed bonis moribus quæstio est, ut monet *Castrens. add. l. 15. C. ex quib. caus. infam. irrog. ibiq; Accurs.* qui nihilominus mulierem propter nimiam festinationem infamem esse existimat: tamen communiter receptum est, hujus juris authoritate non infamiam tantùm, sed & reliquas pœnas, quæ nimis festinanter nubenti infliguntur, sublatas esse, iis tantùm in vigore suo durantibus, quæ secundo nubenti, favore liberorum prioris matrimonii imponuntur. *Innocent. & Canon. comm. in d. c. pen. & ult. Bart. ad h. l. nr. & ad l. 1. supra. de nupt. n. fin. M. Ant. Peregr. lib. 3. de jur. fisc. t. 15. n. 3. Adde Bald. ad h. l. nr. n. 3. Matth. de Afflict. Dec. Neap. 75. n. pen. & ult. Alvar. Valasc. tom. 1. Consf. 1. obs. 98. n. 8.* Verùm si textus Jur. Can. intueamur, apparebit, tantùm infamiam (cujus solius ibidem fit mentio) remissam esse, & consequenter reliquas pœnas etiam ob nimiam festinationem indictas adhuc omninò valere, quippè exorbitantes & correctoriæ constitutiones temerè extendendæ non sunt. *l. quod contra. 14. ff. de legib. l. 141. ff. de R. J.* Et quod mutatum non est, stare non prohibetur. *l. sancimus. 27. C. de testam. l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellat. Gloss. ad d. c. ult. de secund. nupt.* Neq; desunt exempla, quibus pœnæ istæ etiam judicialiter approbatæ sunt, ut testatur *Sichard. vol. 2. Consf. 33. Adde Forster. lib. 7. de success. c. 10. & Dn. Rittersh. d. lib. 2. c. 6.* Statuto Norico media quoq; via electa, constitutumq; est, ut prægnantes mulieres non prius ad secundas transire nuptias debeant, quàm partum ediderint, & puerperii solennia tempora exegerint: reliquis verò sine justa causa, eaq; cognitâ, intra trimestre proximum à morte prioris mariti aliud affectare matrimonium, concessum non sit. *Refor. Noric. t. 28. l. 30.* Sed & viduis trimestre tempus d. loco præfinitum est, cùm jure nostro Civili uxores viri lugere non compellantur. *l. uxores. 9. ff. de his. qui not. infam.* Hùc referenda est

& Sereniss. Electoris Palat. ordinatio matrimonialis, quâ viduæ ante lapsum 10. mensium, vidui autem ante semest. e iterum nubere prohibentur, referente *Dn. Rittersh. ad Nov. p. 4. c. 3. n. 19. Adde eundem, de differ. Jur. Civ. & Can. d. lib. 2. c. 5.* Ad h. l. nostram tractari solet quæstio: An jus accrescendi etiam inter vivos locum habeat? Et pro affirmativa textus esse videtur *in h. ipsa l. nostra.* ubi uno ex liberis deficiente, ejus portio non ad matrem, sed ad superstites fratres vel sorores devolvitur. Similis penè textus est, *in l. un. C. si liberal. imperial. soc. sin. hered. decess. lib. 10.* ubi uno ex sociis liberalitatis imperialis absq; herede decedente. pars ejus ad consortem pertinet. *Duar. lib. 1. de jur. accresc. c. 16.* Præterea & in feudo duobus concesso ita obtinet, ut uno deficiente, portio ejus alteri accedat. *arg. c. duo fratres in fin. de duob. fratrib. à capitan. invest. 2. F. 18. Schrad. de feud. p. 7. c. 1.* Deniq; in unione prolium, (quãdo parentes ad secunda vota transeuntes coram Magistratu causa cognita, & propinquis consentientibus paciscuntur, ut liberi diversi matrimonii ex æquo succedant. *Jac. Rick. de unione prolium, c. 1. Gail. 2. obs. 125.*) juri accrescendi locum esse volunt. *Bolognet. in l. re conjuncti 89. n. 412. ff. de legat. 3.* Verùm negativa verior videtur, cùm nec *in l. un. C. de caduc. toll.* nec alibi, ubi ex professo de jure accrescendi tractatur, quicquam de actibus inter vivos scriptum sit, & ratio quoq; ejus introducendi nulla fuerit, quoniam contrahentes ipsi de eo sibi cavere possent, si uno deficiente vel non adquirente, id, quod ex contractu debetur, ad alterum totum pertinere vellent. *l. si mihi & Titio. 110. ff. de V. O. Duar. libr. 1. de jur. accr. c. 15. Joh. Suev. de jur. accresc. lib. 2. c. 2. Dn. Scip. Gentil. ad d. l. un. C. de Caduc. toll. c. pen.* Nec contrarium probat textus noster, in quo portio decedentis fratris, non ex jure accrescendi, sed successionis singularis ad superstites devolvitur, ut rectè monet *Bald. ad h. l. nr. n. 2.* Sic nec *d. l. un. C. si liberal. imperial. soc. &c.* multum ad rem facit, utpotè in qua nec textus, nec consequentia necessaria juri accrescendi locum esse arguit, cum potiùs liberalitati imperatoriæ & largissimæ ejusdem interpretationi, quàm juris necessitati hoc adscribendum sit, ut rectè *Cujac. ad d. l. un.* ad feudum, vel per contractum vel alium actum inter vivos constitutum, quod attinet,

in eo etiam verum jus accrescendi non agnoscimus: *arg. c. de Marchia. §. fin. de feud. March. 1. Feud. 14. & c. si duo. de nov. benefic. invest. 2. Feud. 12.* ne hoc quidem casu, quo ita concessum est, ut singuli habeant in solidum, vel ut non absq; herede mortuo, pars illius ad alterum pertineat: quoniam & in his terminis portio deficientis, alteri non jure accrescendi, sed vi conventionis, & primæ investituræ acquiritur, *d. c. duo fratres. in fin. 2. F. 18. ibiq. Bald.* Adde quæ hac de re *in tr. de success. feud. c. 1. in fin.* à nobis dicta sunt. Deniq; licet negari haut possit inter liberos mixtos jus accrescēdi locū habere posse, tamen non tanquā in successione id contingit: quēadmodum & in adoptione, cui valdè affinis est ista unio, adoptivi succedunt & jure accrescendi utuntur, non ex adoptionis conventione, sed quia liberi effecti sunt. *Suev. d. lib. 2. c. 2. Hillig. ad Donell. 7. Comm. 12. lit. L.*

## Ad L. Mater. 5.

Inter pœnas secundarum nuptiarum, licet post tempus luctus contractarū, etiam hæc est: quod mater, quæ filio filiævē, vel ex testamento, vel ab intestato succedit, in bonis profectitiis, sive à marito provenientibus, tantùm usumfructum habeat, proprietatē ad fratres & sorores pertinente; quamvis in adventitiis, sive aliundè quæsitis, plenum jus obtineat. *h. l. nr.* Verum observandum hîc est, *l. hanc 5. per Nov. 2. c. 3.* correctam esse, ubi mater tàm ex testamēto, quàm ab intestato sine ullo nuptiarū secundarū impedimēto, ad defuncti filii vel filiæ hereditatem admittitur. Quæ tamen *Novell. per d. Nov. 22. c. 46.* hactenus abrogata, & *hac l. nr.* restituta est, ut mater intestatis liberis tantùm in usufr. succedat, proprietas verò liberis superstitibus maneat: ex testamento autem ad portionem, quæ ipsis fortè relicta est, pleno jure admittatur. *Auth. ex testamento. C. de secund. nupt.* quam *Auth.* propterea tenēdam, monet *Bart. ad h. l. nr.* & moribus etiā nostris observari testatur *Dn. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. c. 12. n. 5.* Hic quæritur, an differentia constituenda sit temporum, utrùm videl. mater ante, an post mortem filii ad secundas nuptias transeat? Et *Bald. ad h. l. nr.* differentiam istam in successione ex testamento omninò attentēdā existimat, ut si quidem

dem ante obitum filii secundò nupserit mater, filius eam heredem instituendo culpam, si qua fuit, remisse intelligatur, si verò post obitum id fecerit, futurus dolus, aut culpa remissa non sit. Sed nescio an sententia hæc generalitati *d. Auth. ex testamento & d. Nov. 22. c. 46. n. 1.* satis conveniat: quoniam utroq; loco generaliter constitutum est matrem, ut quemvis alium heredem (cui secundas nuptias non nocere expeditum est) ad successionem admittendam esse: & ab hac opinione non alienam etiam *Gloss. ad d. l. nr.*, ut d. loco fatetur *Bald. n. 3.* Quærit ulterius Gloss. si fortè mater legatis gravata, adeoq; portio ususfr. minuta sit, an propterea in aliquo relevetur, ut proprietatem retinere possit? Et rectè respondet, non sublevari, quoniam suâ culpâ proprietatem perdit, adeoq; ipsi meritò imputari debet. *arg. l. ult. in fin. ff. de legat. 1.* Quod si tamen usumfr. quoq; cedere voluerit, ad legata solvenda cogi non poterit. *l. cum hereditates. 55. ff. de adquir. hered. Bald. ad h. l. nr. in fin.*

## Ad L. Omnem. 6.

Ad pœnas Nuptiarum secundarum & hæc l. referenda est, quâ constitutum, ut si fortè mater legitimam liberorum tutelam susceperit, & contra Sacramentum ad secundas nuptias adspivaverit, antequam alium tutorem petierit, & rationem gestæ tutelæ reddiderit, ab omni successione defuncti impuberis, sive ab intestato sive à patre substituta fuerit, excludenda sit: adeò, ut licet jusjurandũ, quod olim præstare necesse habebat, *l. 2. quando mulier tut. off.* ipsi hodiè remissum sit, tamen nihilominus à tutela, & consequenter, successione repellatur. Auth. Sacramentum. *C. d. 1. Nov. 94. c. 2.* Sed quid si testamento patris, mater tutrix data fuerit, an æquè ob secundas nuptias à tutela repellenda sit? Et textus quidem *l. nostra*, apertè de legitima tutela conceptus est; & ratio videtur, quoniam fides ejus ex testatore probata est. *pr. Inst. de satisd. tut. vel curat. l. ult. C. de Curat. furios.* & hanc opinionem Petri & aliorum fuisse, testatur *Bald. ad h. l. nr. n. 7.* Verùm contrarium tenuit *Johann. eumq; secutus Accurs. ad h. l. nr.* quoniam mater eo ipso, dum ad secunda vota transit, suspectam se reddit, *arg. l. 1. lex contra. 22. circa fin. C. de administr. tutor.* adeoq; meritò à tute-

à tutela etiam teſtamentaria removenda eſt, ut rectè *Bald. & Bart. ad h. l. nr.* ut taceam, quod olim mulier ex teſtamento tutrix planè eſſe non potuerit, *arg. l. ult. ff. de tutel. Gloſſ. in h. l. nr.*

## Ad L. ſi quis. 7. ſeu Ult.

De concurſu parentum & fratrum ac ſororum defuncti *hac l.* ita cavetur, ut ſiquidem mater cum ſororibus, ſive agnatis, ſive cognatis tantùm ſolis concurrat, mater dimidiam, & alteram hereditatis dimidiam omnes ſorores conſequantur; Si verò cùm fratribus concurrat, civilem portionem accipiat. *pr. l. noſtræ* patre autem exiſtente, ſi defunctus emancipatus fuerit, uſusfruct. totius ſucceſſionis pro beſſe competat, æqualiter inter patrem & matrem dividendus, proprietate & reliqua parte uſusfr. ad fratres vel ſorores pertinente: quod ſi defunctus in ſacris fuerit, pater ſolus uſumfructum integrum habeat, mater verò cum fratribus & ſororibus æqualiter, cum Sororibus ſolis ex dimidia proprietatis ſuccedat. *d. h. l. nr. §. 1. & §. ſed cum. 5. Inſt. h. t.* Ex textu autem hoc noſtro duo notat *Bald.* quorum unum, quod patris perſona interveniens, matris jura ſuperare ſoleat, de quo *ad l. 2. ſupra h. t.* dictum; alterum, quod morte filii uſusfr. patri competens non extinguatur, quemadmodùm aliàs quoq; uſumfructum non proprietarii, ſed uſufructuarii morte finiri conſtat, *§. finitur. 3. Inſt. de uſufr.* Verùm *hujus legis* capita pleraq; *per ſeqq. Auth.* ſublata ſunt, excepto eo, quod uſusfr. patri conſtitutus, morte filii nō perimitur: quo caſu hunc textum correctum eſſe, colligitur *ex Nov. 118. c. 2.* ubi uſusfructus tantùm in portionibus liberorum ſublatus legitur. *Gloſſ. Bart. & Bald. ad h. l. nr. Adde Schneid. ad t. Inſt. de hered. qua ab inteſt. c. de ſucceſſ. parent. n. 14. Fach. 6. controv. 6.*

## Ad Auth. Et cum ſolis. &c.

Quod præced. leg. dictum, matrem ſi cum ſolis defuncti ſororibus concurrat, in dimidia totius hereditatis ſuccedere, id *h. Auth.* corrigitur, ut mater hodiè indiſtinctè, ſive cum fratribus, & ſororibus, ſive etiam cum ſolis ſororibus concurrat, virilem tantùm

tùm partem consequatur. *Nov. 22. c. 47. §. 2.* Exceptis tamen iis, quæ de secundis nuptiis suprà dicta sunt, quæ omnia in suo statu durare voluit. *Inst. §. 1. praced. in fin. l. 1. 2. & 3. C. de secund. nupt. d. Nov. 22. c. 26. & c. 46.*

## Ad Auth. In testamento.

Hæc Auth. propriè hujus loci non est, utpote, quæ non de successione ab intestato, sed ex testamento apertè tractat, ideò tamen fortassis huc relata, quoniam de successione parentum agit, & ut simul constare possit, an parentes etiam contra testamentum liberorum ad successionem venire possint, ut monet *Bart. ad h. Auth. nostram.* Ad intelligendum autem hunc textum, sciendum est, olim si parentes à liberis exheredati vel præteriti fuissent, querelam inofficiosi iis competiisse, *§. non autem. 1. Inst. de inoffic. test. l. pater. 14. & l. seq. ff. eod. tit.* per quam totum testamentum rescindebatur, ita, ut neq; libertates, neq; legata ex eo deberentur, *l. Papinianus. 8. §. si ex causa. 16. ff d. t.* si videl. emancipati patrem, vel aliàs liberi matrem, vel ex materna linea ascendentes præteriissent, vel exheredassent; Nam suorum, sive in potestate constitutorum testamenta, quæ de solis castrensibus aut quasi castrensibus condere poterant, *pr. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam. l. pen. C. qui testam. fac. poss.* querelæ inofficiosi subjecta non erant. *l. ult. C. de inoffic. testam.* Hodie pleraq; ista immutata, & querelam inofficiosi hactenus reformatam esse existimant, ut 1. querela non tantùm in liberorum emancipatorum, sed etiam suorum testamentis, si fortè de castrensibus, vel quasi castrensibus testati fuerint, locum habeat, *d. Auth. nostra. & Nov. 115. c. 4. pr.* ubi expressè mentio fit rerum, in quibus testandi licentiam habent, quæ nulla alia sunt, quàm castrensia, vel quasi, juxta *d. l. pen. C. qui testam. fac. poss.* Excepto tamen militis testamento, quod tanquàm privilegiatum, nec hodiè quidem querelæ subjacere volunt. *Jas. in l. si Vult. ad pr. Inst. de inoffic. testam. n. 7. Fach. 6. controv. 74.* Deinde per querelam hodie testamentum tantùm quoad institutionem rescindi, legata vel fideicommissa, libertates, tutorum dationes, & reliqua testamēti capitula salva maneant. *d. Nov. 115. c. 4. in fin.* Deniq; liberos à probationis onere immu-

immunes esse, & heredi scripto probandi onus incumbere, quod parentes præteriti, vel exheredati ingrati fuerint. *d. Auth. nr. & d. Nov. 115. c. 4. §. ult. Don. ad Auth. ex causa. C. de lib. præter. & 6. Comm. 13. Duar. ad t. ff. de inoffic. testam. c. 3. Treutl. vol. 1. D. 13. th. 1. lit. I. in fin. Vasq. de success. creat. §. 30. n. 179. Treutl. d. D. th. 10. lit. E.* Alii querelam inofficiosi in linea recta ascendentium & descendentium locum jure novissimo non habere, sed testamentum si fortè parentes à liberis præteriti vel exheredati, sine justa causa, fuerint, nullius momenti esse contendunt, *per text. in d. Nov. 115. c. 4.* ubi testamentum ejusmodi quoad institutionem nullum, etiam hîc expressè dicitur. Excepto casu, quo exheredatio ex justa causa facta ab herede probari nequit, quo querela adhuc hodie opus esse existimant. *Bart. ad Auth. Ex causa. C. de lib. præter. n. 13. Bald. ad Auth. non licet. d. t. ibiq; Sichard. n. fin. & Dd. comm. teste Jul. Clar. 3. Sent. §. testamentum. q. 40. n. 3.* Verùm isti querelam per h. tx. reformatam, hi verò in linea rectâ uno tantùm casu excepto, planè sublatam existimant: quorum neutrum *d. Nov. 115.* satis convenire videtur; utpote in qua nullum de querela extat verbum, sed certa exheredationi à Justin. præscripta forma, qua non observata, testamentum ipso jure nullius momenti sit, nec ullum exheredatis præjudicium generare possit. *d. Nov. 115. c. 3. & c. 4.* Nos itaq; per hunc textum querelam quidem inofficiosi, etiam in linea recta in suo vigore relictam, & novum tantùm beneficium liberis & parentibus proditum esse, ut si fortè parentes vel liberi præteriti, vel non, ut oportet, exheredati fuerint, testamentum ipso jure nullum dici possit, etiam eo casu, quo causa exheredationis adjecta ab herede probari nequit. Est enim *h. Nov.* exheredationi hæc præscripta forma, ut ea hodiè ex justis, & ibidem enumeratis causis fieri, eæq; ab herede probari debeant: qua non observata testamentum nullum dicendum erit, *arg. l. 5. C. de legib. Martin. antiq. Glossator, relatus ab Accurs. in d. Auth. ex causa. verb. irritum. C. de lib. præter.* Non obstant verba, rescisso, evacuato, *in d. Nov.* posita, quoniam ea ex aliis, quæ ibidem habentur, (nullum præjudicium generare, nullam vim habere) explicanda sunt, maximè cum aliàs quoq; hæc & similia verba etiam de iis, quæ ipso jure corruunt, scripta legantur

tur. *arg. l. 1. ff. de fer.* cum similibus. Neq; movent absurda, quæ ex hac Mart. opinione sequi videtur. 1. quòd interim dũ probaretur ista causa, nemo poterat adire hereditatem, cum ante probationem de validitate testamenti constare non posset. 2. quod dum non esset heres, qui possit adire hereditatem, nemo erat, qui defendere testamentum, & contra quem querelam suam instituere filius vel parentes poterant. *Bald. ad d. Auth. Non licet. C. de liber. præter. eumq; secutus Sichard. n. fin.* Responderi enim potest, satis esse, quod filii vel parentes exheredati, ab intestato hereditatem adire, & nobili Judicis officio implorato petere possint, non ut is pronunciet contra testamentum, sed tantùm adjectam falsam esse causam declaret: quo facto testamentum retro nullum fuisse facilè intelligi poterit. *Adde Bach. ad §. 1. Inst. de inoff. testam. n. 5. & 6.* Ex his, quæ dicta sunt, colligitur. 1. testamentum etiam, in quo parentes præteriti, vel non, ut oportet, exheredati sunt, ipso jure nullius momenti esse. *d. Nov. 115. c. 4. Bach. d. n. 5. in fin.* Saltem quoad institutionem, legatis & aliis testamenti capitulis salvis & subsistentibus, ita ut actione ex testamento aliisq; mediis peti possint. *h. Auth. nr. & d. Nov. 115. c. 4. Don. 6. comm. 13. & Dd. magis comm. teste Fachin. 4. contr. 10.* 2. querelam inofficiosi etiam post *d. Nov. 115.* adhuc viribus suis subsistere, & tàm in linea recta, quàm collaterali locum habere. *Nov. 129. c. 3.* adeoq; in arbitrio exheredatorum vel præteritorum esse, quo remedio uti voluerint, utrum querelæ jure antiquo, an nullitatis, ex *d. Nov. 115. Eguin. Barr. ad §. 1. Inst. de inoff. test.* Non obstante eo, quod aliàs querelæ locus non sit, quãdo exheredati vel præteriti alio jure ad hereditatem pervenire possunt. §. *tàm autem. 2. Inst. d. t.* quoniam responderi potest, regulariter quidem remedium extra ordinarium cum ordinario non concurrere; sed excipi casum, quo extraordinarium plenius est. *arg. l. pater. 14. juncta l. 6. §. 1. ff. de inoff. test. Sichard. ad l. 3. C. Quomod. & quand. judex. & c. n. 26. & seqq.* at hoc casu querelam nullitatis remedio pleniorem esse statim ostendemus. 3. Si quis bonitati causæ suæ confisus querelam elegerit, probare debet, se officio pietatis debito functum, adeoq; rectè exheredatum fuisse. *l. liberi. 28. C. de*

*C.d.t.de inoff.test.* quamvis si nullũ testamentũ dicere voluerit, in heredẽ onus probãdi rejiceret. *arg.l.pater.14.junctal.16.§.1.ff.de inoff.testã. Sich.ad l.3.C.quomodo & quãdo judex &c.n.26.& seqq.d.Nov.115.c.3.& 4.* Si per querelã testamentũ rescissum fuerit, totũ id etiã hodie corruere, ita, ut nec legata, nec libertates debeantur. *l.8.§.16.ff.d.t.* licet eodẽ nullo pronunciato omnia præter heredis institutionẽ debẽtur *d.c.3.& 4.Bach.ad d.§.1.n.7.* undè querelam nullitatis remedio pinguiorem esse, expeditum est, ut supra monuimus. Addi possunt ea, quæ in tractatu nostro, de ult. volunt. ea de re, diximus.

## Ad Auth. Defuncto.

Jure novissimo secundus succedentium ordo est, adscendentium sive parentum, quibus turbato mortalitatis ordine, *l. nam etsi 15.pr.ff. de inoff. test.* ex ratione miserationis, *l.scripto. 7. §. fin.ff.si tabb.test.null.extab.und.lib.* in solatium liberorum amissorum hereditas defertur, *arg.l.jure succursum. 6.ff.de jur. dot.* Ascendentes autem sive parentes, vel soli sunt, vel cum iis fratres & sorores defuncto utrinq; conjuncti concurrunt. Si soli fuerint, pares gradu, æqualiter, absq; ulla sexus differentia & bonorum distinctione, liberis suis succedunt, *h. Auth. nr. & Nov. 118. c. 2.* Undè si quis decesserit nullis relictis liberis, primò ad successionem vocantur pater & mater, neq; hodiè pater, licet manumissor, matri amplius præfertur, ut olim fiebat *ex l. 2. C. h. t. quem textum, & similes per Auth.h.& d. Nov. 118. c. 2. correctos esse. communis & vera est Dd. opinio.* Deinde parentes isti primi gradus, excludunt ascendentes reliquos, ita ut si defuncti pater aut mater adsit, avus vel avia non admittantur. *d. Auth. & d. Nov. 118. c. 2.* Neq; enim jus repræsentationis in linea ascendentium locum habet, cum naturæ ordini quodammodò contrarium sit, parentes in liberorum locum succedere, eorumq; personam repræsentare. *Gloss.in h. Auth. nr.* Nec obstat, quod inter descendentes repræsentationis locus sit. *l. 2. & 3. supra h. t. nr.* adeoq; ex natura correlatorum etiam inter parentes idem obtinere debeat, per tradita *Everh. in Topic. loc. à correlato. 20. Jac. Butrig. ad h. Auth. nr.* Respondendum enim est, argumentum à natura relatorum non aliter procedere, quàm si eadem sit relati & correlati ratio, ut monet *Everh. d.loc.n. 8.* at hîc diversam esse, vel

ex eo patet, quod liberis parentum hereditas ex naturali ratione, & communi parentum voto debeatur. *l. 7. ff. de bon. damn.* parentibus verò ex ratione miserationis, & propter solatium liberorum amissorum deferatur. *d. l. 7. §. ult. ff. si tabb. test. null. ex tab. und. liber. Borch. tract. de grad. p. (mihi.) 209. Schneid. ad tit. Inst. de hered. quæ ab intest. c. de success. par. n. 21. Forst. de success. lib. 7. c. 4. n. 23. Hillig. ad Don. 9. Comm. 3. lit. E.* Quod si pater aut mater non superfuerint, avus & avia, & reliqui ascendentes secundùm gradus prærogativam admittuntur. *d. Auth. nr. & d. Nov. 118. c. 2.* Vocantur autem parentes ad liberorum successionem æqualiter, sive in capita secundum numerum personarum. *d. h. Auth.* si modò ejusdem lineæ, puta paternæ aut maternæ, fuerint. Nam si diversæ lineæ & disparis numeri concurrant, in stirpes, seu potiùs, quando fit successio, ut si avus paternus, & avus atq; avia materna adfuerint, tantum ex hereditate capiat solus avus paternus, quàm avus & avia materna. *d. Nov. 118. c. 2. Schneid. d. c. n. 22. Forst. d. c. 4. n. 5. Dn. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. 10. n. 13. Adde Hillig. d. loco.* Sed nec ulla hîc facienda est bonorũ distinctio, sed parẽtes æqualiter in omnia bona succedũt, sive ea à patre sive à matre profecta fuerint. *d. Nov. 118. c. 2.* cùm bona semel adquisita, undecunq; provenerint, cum aliis consolidentur, & proprium patrimonium esse incipiant. *l. sed si 10. §. filio 2. ff. de vulg. & pupill. substit.* Nec quicquam contrarium facit §. *igitur 1. Inst. per quas person. cuiq; adquir.* ibi: *ut si quid ex re matris ei obveniant, hoc totum adquiratur.* Respondetur enim, in isto textu non de successione parentum, sed natura peculii profectitii sermonem esse, ut istud etiam vivo filio pleno jure patri adquiratur: quod à quæstione nostra alienum planè esse, cuivis patet. Neq; magni momenti est, quod *ex l. 3. infra de bon. quæ liber.* adferri solet, ut earum dominium, quæ ad aliquem ex matre, vel ab ejus lineâ provenerint, non ad avum, sed patrem perveniat: quoniam ex textu ipso satis apparet, ibi non de patre matris, sive avo materno, sed de patre ipsius filii defuncti tractari, ut rectè monet *Fach. 6. controv. 4. Adde Bald. ad h. Auth. n. 3.* Deniq; non movet authoritas *Bartoli in Auth. itaq; C. Commun. de success. n. 2.* quæ licet apud *Dd.* aliàs maxima sit, ita ut si *Accursii* opinione juvetur, pro communi habenda, & ab ea in judicando, recedendum non sit, se-

eundùm *Jason. in l. 3. ff. de just. & jur.* tamen contra leges aut juris rationes attendenda non est, *arg. l. 1. §. sed neq. 6. C. de Vet. jur. enucl. Bald. d. n. 3. Forst. d. lib. 7. c. 4. n. 12. Treutl. vol. 2. D. 16. th. 4. lit. D. ibiq. Bach.* Et hæc priori casu, quando parentes soli sunt, ita obtinent; posteriori verò, quando cum iis defuncti fratres utroq; latere conjuncti, vel sorores concurrunt, & hi simul in capita, prædefunctorum autē fratrum aut sororū liberi in stirpes admittuntur. *d. Auth. nr. & Nov. 118. c. 3.* Ubi obiter notandum, quod de fratrum & sororum liberis subjicitur, non *d. Nov. 118.* quæ nullam eorum mentionem facit, adeò ut potiùs expresse eos excludat. *c. 3. vers. si autem cum fratribus.* Sed demum *Nov. 127. c. 1.* inductum esse, ut rectè *Forst. d. lib. 7. c. 5. & c. 7. n. n. 1. Don. 9. comm. 3. ibiq. Hillig. lit. I.* Nihil autem refert, utrum parentes primi, an ulterioris gradus fuerint. Quamvis enim nonnulli avum vel aviam à fratre utrinq; conjuncto excludi existiment. *Jac. de Bellov. ad d. Nov. 118. c. 2. §. si verò. & Chassan. in Consuet. Burg. rubr. 7. §. 6. vers. adverte, tum per textum in d. §. si verò;* ubi frater cum adscendentibus proximis gradu ad successionem vocatur: at proximum gradu patrem non avum esse, expeditum est; tùm quòd fratres utrinque conjuncti, cum patre succedant, adeoq; avum, quem per patrem excludi constat, meritò superare debeant. *arg. l. de accessionibus 14. §. etsi 3. ff. de divers. & temp. præscript.* tamen contrarium verius est, quoniam proximus in jure nostro is dicitur, quem nemo antecedit. *l. proximus. 92. ff. de V. S.* patre autem mortuo, avum procul dubio in linea adscendentium nemo antecedit: Ergo hunc cum fratribus germanis ad successionem admittendum esse, omninò dicendum est: Non obstante eo, quod frater cum parente succedat, quoniam diversa hîc est fratris & patris ratio; pater idcircò avum excludit, quia proximus gradu ex ascendentibus, ad successionem intestati vocatur. *d. Nov. 118. c. 2. §. si verò.* frater autem avum ideò non excludit, quia *Justin.* cum fratre utrinq; conjuncto vocat proximum gradu ex ascententibus, quem remoto patre, avum esse patet, *ex d. l. 92. ff. de V. S. Schneid. ad d. t. de hered. quæ ab intestat. c. de success. parent. n. 25. & seqq. aliquot. Forst. d. lib. 7. c. 6. n. 1. & 2. Fach. 6. contro v. 7.* Adde *Harpr. ad pr. d. t. de hered. quæ ab intest. n. 338.*

*& Bach. ad Treutl. d. D. 16. th. 4. lit. E.* Deinde nihil intereſt u-nius, an diverſæ lineæ parentis fuerint, ſed fratres & ſorores cum omnibus in capita ſuccedunt; v. gr. Si avus & avia paterna, avia materna, & frater & ſoror concurrant, in capita fit diviſio. Interventus enim patris efficit, ut parentes etiam viriles partes habeant, qui ſi ſoli eſſet, in diſpares ſuccederent. *d. Nov. 118. c. 2. Donell. d. c. 3. ibiq; Hillig. lit. H.* Idq; adeò verùm eſt, ut pater aut avus hodie ne uſumfr. quidem in parte bonor. quæ defuncti fratribus obvenit, conſequatur. Sed ea pleno jure ad fratres & ſorores pertineat. *d. c. 2. verſ. nullum uſum. &c. ibiq; Cujac.* Ratio eſt, quoniam parens pro uſufr. quem jure antiquo habebat, hodiè in partem proprietatis cum fratribus vocatur, à quibus olim excludi ſolebat, ut monet *Cujac. ad d. Nov. & Borch. de grad. &c. p. (mihi) 215. & 216.* Deniq; non tantùm fratres & ſorores, ſed etiam eorum liberi cum parentibus ad ſucceſſionem vocatur. *d. Nov. 127. c. 1.* & non tantùm, ſi cum fratribus & ſororibus concurrant, ſed & ſi ſoli fuerint, fratrum vel ſororum liberi cum proximis adſcendentibus in ſtirpes vocantur. *arg. rubr. d. Nov. 127. quæ ita concepta eſt, ut fratrum filii ſuccedant pariter ad imitationem fratrum &c. Schneid. d. c. n. 29. & Dd. comm.* Quamvis enim ipſe textus *Nov. 127.* tantùm de hoc caſu conceptus ſit, quo fratrum liberi ſimul cùm adſcendentibus concurrunt, ut monet *Cujac. ad d. Nov. 118. & Bach. de grad. p. 719.* tamen argumento rubr. & propter rationis identitatem, meritò & ſoli fratrum liberi cum adſcendentibus admittuntur. *Forſt. d. lib. 7. c. 7. n. 1. Dn. Ritterſh. d. c. 10. n. 9.* ubi illud non probo, quod *Forſt. d. c. 7. n. 3.* exiſtimat, ſi fortè avus & avia paterni, & avia materna cum defuncti fratris tribus vel quatuor liberis concurrant, tres hereditatis partes faciendas eſſe, ut una avus & avia paterni, alteram avia materni ſola, & tertiam fratris liberi accipiant. Dicendum enim potiùs videtur, quatuor hoc caſu partes fieri debere, ut unam avus paternus, alteram avia paterna, tertiam avia materna, & quartam fratris liberi habeant: quo modo ſi frater viveret, diviſionem faciendam fore, expeditum eſt, *ex d. Nov. 118. c. 2.* Ergò & hoc caſu, cum ad fratrum imitationã, & liberos eorum Juſtin. vocaverit *ind. Nov. 127. Matheſilan. tract. de ſucceſſ.*

*ab intest. art. 2. n. 13. Borch. de grad. p. 220.* Limitatur 1. ut cum parentibus succedant tantùm fratres germani, sive ab utroq; latere conjuncti: nam his solis privilegium hoc à Justin. datum est, exclusis prorsus iis, qui ab uno parente, fortè patre vel matre tantùm conjuncti sunt. *d. Nov. 118. c. 2. vers. si verò. & h. Auth. nr.* Non obstante *l. ult. h. t. Chassan. in consuet. Burg. d. rubr. 7. §. 6. vers. dictum est*, quoniam ea per *h. Auth. & d. Nov. 116.* correcta est, ut rectè *Bald. ad h. Auth. n. 8. Schneid. d. c. n. 30. Fach. d. lib. 6. c. 8. Dn. Rittersh. d. c. 10. n. 11.* Et hoc expeditum est, si frater uterinus cum patre, vel consanguineus cum matre concurrat. *per. d. Nov. 118. c. 2.* Si verò frater ab uno tantùm latere conjunctus parentem quoq; sanguinis vinculo contingat; puta, consanguineus cum patre, vel uterinus cum matre concurrat, fratrem à parente non excludi, sed simul admitti voluit *Paul. de Castr. ad Auth. h. nr. Hieron. Schurff. Cent. 1. Cons. 5. & Cent. 3. Cons. 91.* ex ea ratione, quòd parentes hîc nihil habeant. quod objiciant liberis, eodem jure defuncto conjunctis. Verùm hæc ratio *d. Nov. 118.* textui satis convenire non videtur, ubi generaliter & indistinctè conjuncti cum parentibus vocantur, & consequẽter omnes ab uno latere conjuncti indistinctè excluduntur, ut rectè *Bald. ad h. Auth n. 8. l. 1. §. 1. verbo: potiorem ff. de jur. & fact. ignor. Borch. de grad. p. (mihi) 224. Dn. Rittersh. d. c. 10. n. 11. Bach. ad Treutl. d. D. 16. th. 4. lit. E.* 2. cum adscendentibus admittuntur fratrum & sororum utrinq; conjunctorum liberi, non etiam nepotes vel pronepotes. *d. Nov. 127. c. 1.* quoniam in exorbitanti materia filiorum appellatione nepotes non continentur. *§. ult. Inst. Qui test. tut. dar. poss. Forst. d. lib. 7. c. 6. n. 3. Schneid. d. c. n. 31. Dn. Rittersh. d. c. 10. n. 10.* 3. Alia succedendi ratio est in Jure feudali, quo nulla ascendentium est successio, sed statim post descendentes collaterales ad successionem admittuntur. *c. successionis pr. de nat. success. 2. F. 50.* Ratio est, quoniam hæc natura feudi est, ut sibi & posteris suis, non adscendentibus quis prospiciat. *c. duo fratres & duob. fratrib. à capitan. investit. 2. F. 18. Hotom. ad d. c. successionis. 2. F. 50. Alvar. ao c. quia. §. hoc quoq, n. 9. de his, qui feud. dar. poss. 1. F. 1. Sonsbecc. de feud. p. 9. n. 47. Adde Zas. p. 8. n. 2. Duar. c. 11. n. 10. & Bocer. de jur. succed. in feud. c. 4. q. 1.*

Nisi tamen pacto *arg. l. in traditionibus. 48. ff. de pact. & l. 10. C. eod.* vel consuetudine loci aliud receptum sit. *arg. c. Obertus in fin. pr. 2. F. 1.* Adde *Schrader. p. 7. c. 6. Rosenth. c. 7. concl. 14. n. 18. & seqq. Jan. ab Arcedur. c. 2. concl. 7.* Ubi duo notanda. 1. Hisce casibus, quibus parentes ad successionem vocantur, etiam fratres utrinq; conjunctos simul admittendos esse: quippe casus isti jure feudali decisi non sunt, adeoq; juris Civilis dispositioni meritò inhærendum est. *arg. d. c. Obertus in f. pr. 1. F. 1.* Nec movet, quod pater proximior agnatus sit filio, quàm frater. Respondetur enim jus commune proximitatem hoc casu non attendere, sed fratrem utrinq; conjunctum cum parente ad successionem admittere *d. Nov. 118. c. 2. Schrad. d. c. 6. n. 10. Rosenth. d. concl. 14. n. fin. Bocer. d. c. 4. q. 4.* Deinde, quod in feudo filio acquisito pater ne usumfructum quidem habeat. *arg. c. Obertus. in fin. in quib. caus. feud. amitt. 2. F. 23.* Idq; in feudo militari, quod militiæ causa constitutum est, & quasi militari, ex professione fortè Academica, Advocationibus vel Consiliis præstitis acquisito omnes recipiunt, *per text. pr. Inst. per quas person. cuiq; adquir. & l. cum quidem, 6. §. cum autem 3. vers. exceptis. C. de bon. quæ liber.* item in feudo à Dn. concesso, *l. 7. C. d. t.* & quod aliàs dignitati personæ vasalli cohæret. *arg. l. 3. §. si quid. 7. ff. de minor.* aut in quo pacto cautum, ne ususfructus ad patrem pertineat. *Auth. Excipitur. C. d. t. de bon. qualib.* extra casus verò istos in feudo pagano usumfr. omninò ad patrem pertinere volunt 1. quia pater & filius pro una persona habeantur. *l. ult. C. de impub. & al. substit.* adeoq; quicquid filio adquiritur, idem patri adquisitum intelligatur. *§. si quis 4. in fin. Inst. de inutil. stipul.* 2. quoniam feudum ususfr. est. *d. c. Obertus. in f. 2. F. 23.* ususfr. autem filio constitutus patri adquiritur. *l. fin. C. de usufr.* 3. quod hæc quæstio jure feudali decisa non sit, ideoq; jus Civile observandum *d. c. obertus in fin. pr. 2. F. 1.* quod in adventitiis patri usumfructum adjudicat *d. l. fin. C. de ususfructu.* 4. Deniq;, quod fructus feudi allodiales sint. *c. si contigerit. ibi: in fructibus &c. an agnat. vel fil. p. 2. F. 45. Curt. de feud. p. 3. membr. 2. n. 46. Sonsbecc. p. 7. n. 8. Fach. 7. controv. 77. Bocer. d. c. 4. q. ult. Niell. D. feud. 5. th. 5. lit. D. Bach. ad Trenth. vol. 1. D. 16. th. 2. lit. B.* Verùm negativam Dd. communi-

tertuentur. 1. quoniam in omni feudo hoc actum, ut proprietate penes Dominum remanente, ususfructus ad ipsum accipientem pertineat, non ad patrem ejus transeat. *arg. d. c. Obertus in fin. 2. F. 25.* quo casu etiam jure Civili usumfr. ad filium, non patrem pertinere, expeditum est. *d. Auth. Excipitur. C. de bon. quæ liber.* 2. quod circa servitia filii electa sit industria. *arg. c. mutus. in fin. An mutus, vel aliàs imperfectus feudum retineat. 3. F. 36. cum similibus.* & consequenter ex æquitate naturali etiam fructus & commodum feudi ipse, non pater percipere debeat. *l. secundum. 10. ff. de R. J.* Neq; hanc rationem infringit, quod liberum sit vasallo per alium servitia præstare, *per textum in c. Imperialem. §. firmiter. 1. de prohib. feud. alien. per Frider. 2. F. 55. Bach. d. loc. & Bocer. d. q. fin.* quodq; pater fructus feudi percipiens filio suo vasallo sumtus præstandis servitiis necessarios suppeditare cogatur. *per l. cum non solum. 8. §. ubi autem. 5. C. d. t. de bon. qualib. Bocer. & Niell. d. loc.* Nam prius non aliter procedit, quàm si vasallus ipse propter ætatem, vel aliud temporale impedimentum servire nequeat. *arg. c. prima autem §. item. 2. vers. aliud est. Quæ fuit prima causa benef. amitt. 2. F. 24. Dn. Rittersh. part. feudal. lib. 2. c. 1. q. 31.* Posterius verò æquitati nondũ satis facit, cum nihilominus filius onus servitiorum, & pater commodum feudi percipiat, contra *d. l. 10. de R. J.* & voluntatem domini, qui proculdubio honorare filium, non utilitate omni ad patrem translata, servitiis tantùm onerare voluit. 3. quod in effectu aliàs nihil habiturus esset, quippe proprietate penes Dominum remanente, & usufr. ad patrem pertinente, quod iterum voluntati Domini, & naturæ feudi contrarium esse, patet *ex d. c. Obertus 2. F. 23.* Neq; magnoperè urget, quod Bocer. hîc regerit, non ipsum fr. qui filii est & manet, sed fructus tantùm patri assignari: quoniam dominum non nudum istud jus, sed cum perceptione fructuum cõjunctum vasallo tribuisse, *ex d. c. obertus. in fin.* haud obscurè colligitur. *Jac. de Bellov. in c. si duo, de fratrib. de nov. benef. invest. 2. F. 12. ibiq; Bald. n. 6. Alvarott. n. 8. Schenck. n. 9. Andr. de Isern. ad c. quia pater. 1. F. 1. n. 13. Schrad. d. c. 6. n. 6. Rosenth. d. concl. 14. n. 13. Jan. ab Arcedur. c. 2. concl. 6. n. 24. & seqq.* Non obstant fundamenta supra in contrarium allata. Nam ad 1. respondetur; regulam istam

juris

juris civilis fallere non tantùm in peculio castrensi, vel quasi, sed etiam adventitio, in quo hoc actum est, ut ususfructus ad patrem non transeat. *Nov.117.c.1.* quod in quovis feudo agi, suprà *ex d.c. Obertus.2.F.23.* ostendimus. Ad 2. aliam esse rationem ususfr. civilis, aliam feudi, in quo neq; voluntas Domini concedentis, neq; æquitas permittit, ut usufr. patri adquiratur, per ea, quæ supra dicta sunt. Ad 3. patet responsio ex nostris fundamentis; quibus addendum, Jure feudali decisa intelligi non ea tantùm, quæ expressis verbis in eo scripta sunt, sed etiam quæ per bonam & legitimam consequentiam inde eliciuntur. *arg.l.6.§.1.ff.de V.S.* Ad 4. & ultimum respondendum est, non tàm fructus ipsos, quam jus percipiendi, & rem, ex qua percipiuntur, attendi oportere, adeoq; fructus licet allodiales sint, exemplo tamen fructuum ex peculio castrensi, vel adventitio, in quo pater usumfructum non habet, ad filium, non patrem pertinere. *Arum. d.feud.3.th.39.* Deniq; limitatur sententia Auth. nostræ, etiam Jure Saxonico, quo patres, sive adscendentes omnes collaterales, etiam fratres utrinq; conjunctos excludunt, *per textum* in Landrecht. *lib.1.art.17.* Qui textus licet de patre & matre tantùm loquatur, tamen consuetudine Saxonica receptum est, ut etiam avus & avia reliquiq; adscendentes in infinitum, exclusis fratribus vel sororibus, ad successionem admittantur, teste *Matth. Coler.decis.47.n.4. Schneid. d.c. de success. ascend.n.15. Bened. Carpz. in Jurispr. forens.p.3.Const.17.def.6.& 7.* Sed nec pater hoc jure matrem excludit, ut putat *Schneid. d.c.10.* sed pariter liberis defunctis succedunt: Non obstante *d.art.17.* qui nihil aliud velle videtur, quam patrem ratione usufr. tantùm, & administrationis in successione liberorum præferri, salva interim matri dimidia proprietatis parte, ut hunc textum interpretatur post alios, *Carpz.d.const.17.defin.1.*

## TIT. LVI.

### Ad SCtm Orfitianum.

Quemadmodum SCto Tertulliano matribus; ita Orfitiano liberis consultum est, ut cum lege 12. tabb. inter matrem

trîce& liberos, quippe neq; suos, neq; agnatos sibi invicẽ, nulla esset successio, *pr. Inst. de SCt. Tertull.* ex hoc SCto ( quod *Orfitio & Ruffo COSS. Div. Marci temporibus* factum est ) liberi quoq; ad matris successionem vocarentur. *pr. Inst. h. t. nr.*

## Ad L. 1.

Olim Consanguinei & agnati ex lege 12. tabb. & mater ex SCto. Tertulliano liberos à successione intestatæ mulieris excludebant, ut apparet ex iis, quæ notat *Bach. ad pr. Inst. h. t. nr.* & in præcedentibus, à nobis dicta sunt: Hodie liberi etiam in successione materna istis omnibus præferuntur & ex SCto hoc ad eos solos pertinet hereditas. *h. l. nr.* Neq; refert, utrum legitimi sint liberi, an naturales tantùm, vel etiam spurii. *§. novissimè. pen. Inst. h. t.* quoniam tàm hujus, quàm præcedentis SCti ratio est naturalis conjunctio. *arg. pr. Inst. de SCt. Tertull. & pr. h. t. nr.* quam in spuriis, quoad matrem æquè ac in legitimè natis esse expeditum est. *l. si spurius. 4. ff. und. cognat.* Limitatur 1. in liberis incestuosis & ex damnato congressu natis, qui ab omni penitus successione, tàm paterna, quàm materna, excluduntur. *l. si quis. 6. & Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil nupt. Nov. 74. c. ult. & Nov. 89. c. ult. Forst. de success. lib. 6. c. 50. Dn. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. 8. n. 5.* Deinde, ut in liberis tantùm primi gradus, sive filiis & filiabus SCtum hoc locum habeat, non in nepotibus & reliquis descendentibus, qui posteriorum demùm Impp. Constitutionibus ad successionem ascendentium vocati sunt. *§. sed cum 1. Inst. h. t. nr.* ita, ut hodie in infinitum usq; admittantur, & omnibus, tàm ascendentibus, quàm collateralibus præferantur, *ex Nov. 118. c. 1. & Auth. in successione. supra. de suis & legit. liber.*

## Ad L. non pro numero. 2.

Dubitari potest si fortè mulier duobus filiis emancipatis, duobus autem aliis in patria positis potestate superstitibus, diem functa sit; & hi, qui in potestate patris fuerant, priusquam hereditatem maternam adirent, rebus humanis exempti fuerint, quomodo hereditatis facienda sit divisio. Dubitandi ratio esse potest. 1. quo-

 nia

niam etiam ii, qui ad partem hereditatis non admittuntur, partem tamen aliis faciunt, id est, efficiunt, ut minus consequantur, quàm aliàs consecuturi essent, *l. Papinianus. 8. §. quoniam. 8. ff. de inoffic. test. l. hujusmodi. 84. §. si Titio. 9. ff. de legat. 1.* 2. quoniam ascendentium hereditas etiam non adita ad descendentes transmittitur, *l. un. supra de his, qui ante apert. tabb. hered. transmitt.* 3. quia à quovis herede sciente sibi hereditatem, vel ex testamento, vel ab intestato, relictam esse, jus deliberandi intra annum ad quemcunq; heredem transmittitur. *l. cum in antiquoribus. 19. supr. de jur. deliber.* 4. quoniam parens repudiante filiofam. suo jure hereditatem adire, sibiq; adquirere potest, *l. cum non solum. 8. intr. de bon. qua liber.* Unde dicendum videbatur, ad superstites duos filios hereditatem maternam tantùm pro parte dimidia, alteram verò dimidiam, vel ad liberos, vel parentem eorum pertinere. Verum his non obstantibus rescribunt *Impp. Diocles. & Maxim.* non pro numero superstitum mortis matris tempore, sed pro numero succedentium maternam hereditatem scindendam, adeoq; inter superstites tantùm duos viriles portiones faciendas esse, *h. l. nr.* decidendi ratio est, quoniam portio heredis, qui ante hereditatem aditam decessit, vel alio modo eam amisit, tanquam deficiens ad coheredem jure accrescendi pertinet, sive ex testamẽto, *l. un. §. hac autem. 14. supr. de cad. toll.* sive ab intestato delata hereditas fuerit. *l. 1. §. 9. ff. ad SCtũ Tertull. l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. hered. Bald. ad h. l. nr. n. 6.* Deinde, quo is, qui ad partem nõ admittitur partẽ quoq; facere, aliisq; eam abstrahere non soleat. *l. planè. 34. §. si duobus. 11. ff. de legat. 1. l. si post. 10. §. liberi. 4. ff. de bon. poss. contr. tabb.* Nec obstant rationes dubitandi supra allatæ, quoniam ad 1. responderi potest, utramq; quidem regulam in jure nostro reperiri, sed in aliis terminis, adeoq; ex una adversus alteram firmum argumentum duci non posse, quod agnoscit *Fachin. 4. controv. 31.* illa, quod is, qui ad partem non admittatur, partem tamen faciat, ad eos potissimum referenda est, qui jus ad rem habent, adeoq; non in totum exclusi sunt, verbi gratia: exheredatus, qui tacet quidem, sed jus tamen dicendi testamentum inofficiosum nondum amisit, meritò alteri partem facit, ut is non totam hereditatem petere possit. *d. l. 8. §. 8. ff. de inoff. testam.*

*testam.* Sic quoq; si Titio & Mævio Stichus fuerit legatus, qui Titii erat, Titius propter jus retentionis, quod ex causa dominii habet, partem Mævio facit. *d. l. 84. §. 8. ff. de legat. 1.* quamvis ad partem legati non admittatur, cum res sua nemini legari possit. *§. sed si 10. Inst. de legat. l. proprias. 13. C. eod. tit.* Hæc verò, (quod qui ad partem non admittantur, partem quoq; non faciant) ad illos pertinet, qui jus suum repudiarunt, vel alio modo ab eodem exclusi sunt. *l. qui repudiantis. 17. & l. pœnas. 23. §. ult. ff. de inoffic. testam.* puta si fortè duobus quid legatum sit, quorum alter heres institutus; heredi à semetipso inutiliter legatum est, ideoq; cum à petitione legati exclusus sit, collegatario partem non facit, sed totum legatum ad eum pertinet. *d. l. 34. §. 11. ff. de legat. 1.* Item liberi exheredati, à bonorum possessione contra tabulas excluduntur. *l. non putavit. 8. pr. ff. de bon. poss. contra tabb.* ideoq; aliis, per quos edictum committitur, partem non faciunt. *d. l. 10. §. 4. ff. de bon. poss. contr. tabb. Bart. ad d. l. 84. §. 8. ff. de legat. 1. Zas. 1. respons. 19. Fach. d. c. 31.* Ad 2. Glossa varias responsiones affert, sed tandem in ea acquiescit, quod in hoc textu nostro filii antequam recederent, hereditatem repudiaverint, adeoq; transmittere non potuerint, quam alias etiam ad patrem & adscendentes transmisissent, secundum *l. apud hostes. 8. supr. de suis & legit.* Verùm hæc responsio textui satis convenire non videtur, utpote in quo de repudiatione nullum verbum, sed tantùm quod liberi antequam hereditatem maternam sibi quærerent, decesserint, ut rectè monet *Bart. hîc. n. 2. & Bald. n. 5.* qui propterea primã Glossæ solutionem præferunt, quod hîc filii isti in potestate patris constituti, sine liberis decesserint, *arg. d. l. un. C. de his, qui ante apert. tabb.* adeoq; ad eos hereditatem trãsmittere nõ potuerint, neq; ad patrẽ, ad quẽ decisio *d. l. un.* utpote quæ de ascendentium hereditate ad descendentes transmittenda tantùm cõcepta est, contra Juris regulas extendenda nõ est. *arg. l. uni. §. in novissimo supra de caduc. toll. Adde Bald. hîc Gomez. 1. var. res. 9. n. 48. Vasq. de succ. creat. §. 21. n. 267. Nicol. Noalis. de transm. c. 8. n. 83.* Nõ obstante *d. l. 8. supr. de suis & legit.* quæ de suo herede aperte loquitur, quem non ad ascendentes tantùm, sed etiam quosvis heredes, hereditatem licet non aditam, transmittere receptum est, *l. qui duos.*

*9. §. fin. ff. de reb. dub. l. 3. supr. de jur. delib. Bart. & Bald. ad h. l. nr. Adde, quæ supra ad d. l. 8. à nobis dicta sunt.* Fortè dici potest, nihil interesse, quem casum hîc ponamus, utrum repudiationis factæ, an non existentium liberorum, cum Impp. nonde transmissione agere, sed id tantùm decidere propositum fuerit, quomodo in terminis propositis facienda sit hereditatis divisio, ut ex ipso textu satis apparet. Ad 3. quod attinet, fatetur *Bart. adh l. in fin.* jus deliberandi ad patrem, si scivisset, transmissum fuisse, ex *d. l. 19. supr. de jur. delib.* Secundum quod hic textus non accipiendus sit, *Bald. n. 5.* Ad 4. deniq; expedita est responsio, *d. l. 8. pr. inter de bon. quæ liber.* procedere in filio vivo, & hereditatem repudiante, non in mortuo, quo casu deficiens ejus portio ad fratres, tanquam coheredes jure accrescendi pertinet, *h. l. nr. Bart. ad d. l. 8. pr. n. 3. Adde Bald. ad l. nr. n. fin.*

## Ad L. Matri. 3.

Notum est, liberos olim ad matris successionem jure Civili admissos non fuisse. *pr. Inst. de SCt. Tertull.* sed demum à Prætore per bonorum possessionem, unde cognati, vocatos. *l. 2. ff. unde cognati.* Hodie post SCtum Orfit. non tantùm bonorum possessionem unde legitimi habent, *l. 2. in fin. ff. unde legit. & l. 1. §. si qua. 9. ff. d. t. unde cognati.* sed etiam rectà sine ulla bonorum possessionis portione, adire hereditatem maternam possunt. *h. l. nr. ibiq; Gloss.* Unde dicendum, etiamsi liberi exclusi tempore à bonorum possessione fuerint, tamen eos ad civile aditionis vel pro herede gestionis remedium adhuc admittendos esse, *l. suum. 13. supr. de jur. delib. Bald. ad h. l. nr.*

## Ad L. Quoties. 4.

Hæc lex, quæ nihil aliud continet, quam quod in successione descendentes ascendentibus præferantur, explicatione omninò indiget, sed ex iis, quæ supra *ad l. 1. h. t. & l. si matre. 11. supr. de suis & legit.* à nobis dicta sunt, facile intelligitur.

## Ad L. Si qua. 5.

Quod supra *ad l. 1.* dictum, Matri etiam spurios æquè ac legitimos

gitimos succedere, ex §. *pen. Inst. h. t. & l. 1. §. sed & 2. ff. ad SCt. Tertull. & Orfit.* id hîc limitatur in matre illustri, ut si forte ea liberos spurios, & alios legitimos habuerit, spurii à successione omninò excludantur. *h. l. nr.* quoniam injuriosum planè est, in illustri fœmina spurios nominare, ut ait *Imp. h. ipsa. l. nostra.* Procedit autem hæc limitatio & exclusio tantùm, si liberi ex legitimo matrimonio nati adfuerint: nam iis non existentibus, & spurios ad illustris matris successionem admittendos esse, ex h. ipso textu satis colligitur. Deinde locum habet tantùm in spuriis, non naturalibus, ex concubina illustri natis, quos unà cum justis liberis matri succedere dicendum est. *d. h. l. nr. ibiq; Gloss. & Bart.* Quid autem de matre illustri habendum, an & ea à successione Spuriorum excludenda erit? Et suadere hoc videtur tùm relatorum natura. *arg. l. fin. C. de indict. vid. toll.* tum eadem castitatis & honestatis ratio, quæ utrobiq; eodem modo obtinere videtur. *Accurs. & Mynf. ad §. ult. Inst. de SCt. Tertull. ibiq; Lockam. in not. Forst. de success. lib. 7. c. 17. n. 7.* Verùm cum de matre id nunquam expresse cautum reperiatur, tutius fortè est, si jus commune sequamur: inprimis cum ratio singularis, & novi istius juris, favor videl. liberorum legitimè natorum huic casui accommodari posse non videatur, siquidem liberis per matris successionem nihil præjudicii infertur, sed commodum potius acquiritur. *Angel. Aretin. ad §. 3. in fin. Inst. d. t. de SCt. Tertyll. Schneid. ad tit. Inst. de hered. quæ ab intest. &c. in secund. succed. ord. n. 48. Harpr. ad §. ult. Inst. d. t. de SCt. Tertyll. n. fin.* Nec movet argumentum vel à natura relatorum, vel rationis paritate petitum: quoniam relatorum diversa hîc est ratio, adeoq; nulla justa consequentia: & decisionis causa principalis favor potius est liberorum legitimè natorum, quibus non extantibus, etiam liberos vulgo quæsitos matri, licet illustri succedere, supra dictum est, ex *h. l. nr.*

## Ad L. Ult.

Si fortè ancilla, cui libertas perfideicommissum relicta est, moram in libertate præstanda faciente eo, à quo relicta, interim pariat, partum liberum & ingenuum esse expeditum est, *l. Herennius. 22. ff. de stat. hom. l. 1. §. 1. ff. de suis & legit. l. si quis rogatus. 53. pr. ff.*

solennis aditio intervenisse præsumitur, ut ex ipso textu satis appareret, & monet *Bald. hîc n. 1. in fin. Adde Gloss. ad d. l. 10. de petit. hered.*

## Ad L. Consanguinitas. 3.

In successione agnatorum, si cum Sorore defuncti concurrant alterius defuncti fratris filii, soror sola ad hereditatem admittitur. *h. l. nr.* Fratrum enim filii non aliter ad defuncti patrui successionem vocantur, quàm si fratres vel sorores non adfuerint. *§. hoc etiam. 4. in fin. Inst. de legit. agnat. success.* Dubitandi ratio fuit, quoniam liberi in parentum suorum locum succedunt, eorumq; personam repræsentant. *§. cum filius. 6. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* decidendi verò ratio, quod sorores æquè agnatæ sint, ac fratres, vel eorum filii, & quod tàm agnatis quàm cognatis jure prior in gradu, remotiorem à successione excludat. *d. §. 4. in fin. & §. 5. de legit. agnat. success.* Cum ergò hic in ordine agnatorum soror secundo, fratris verò filius tertio gradu sit, meritò illam huic præferendam esse, dicendum est. *h. l. nr. & d. § 5. de legit. agnat. success.* Undè nihil huc facit dubitandi ratio, quoniam jus repræsentationis, in linea tantùm descendentium, non collateralium, locum habere expeditum est. *d. §. 6. de hered. quæ ab intest. junctâ h. l. nr. d. §. 5. de legit. agnat. success.* Jure tamen novissimo etiam hoc casu jus repræsentationis omninò introductum est, *d. Auth. cessante, intr. h. t. & d. Nov. 118. c. 3.*

## Ad Auth. Cessante.

Jure novissimo tertius succedentium ordo est Collateralium, & primo quidem loco fratrum. Si enim defunctus neq; descẽdentes, neq; adscendentes reliquerit, primi fratres & sorores ad successionem vocantur. *d. Nov. 118. c. 3. pr.* Verùm cum fratrum variæ sint species, videlicet legitimorum & naturalium simul, legitimorũ tantùm, naturalium tantùm, & spuriosorum sive vulgo quæsitorum, (nam Spiritualium & incestuosorum nulla est successio) de singulis distinctè, sed paucis, pro instituti nostri ratione, agendum est. Legitimi ergò & naturales simul, vel utroq; latere, tàm paterno, quàm materno conjuncti sunt, qui germani appellantur, vel

vel ab uno, puta â patre tantùm, qui consanguinei; vel à matre tantùm, qui uterini dicuntur, se contingunt. Et illi quidem non tantùm collateralibus aliis omnibus, sed etiam fratribus ab uno latere conjunctis, in successione præferuntur. *h. Auth. & d. Nov. 118. c. 3.* Quamvis enim omnes eodem gradu, secundo videl. defuncto fratri conjuncti sint, adeoq; jure antiquo simul admissi fuerint, *l. 1. & l. ult. §. nec fratres. 2. infr. h. t.* tamen hodie non tàm gradus æqualitas, quàm vinculi duplicitas attenditur. *d. Nov. 118. c. 3. quam fortiorem esse patet ex §. sed. hodie. 2. Inst. de adopt.* Succedunt autem vel soli, vel cum iis concurrunt prædefunctorum fratrum vel sororum liberi, illo casu in capita, hoc verò in stipes fit divisio. *d. Auth. nr.* Nec movet, quod fratres tanquam secundo gradu conjuncti, fratrum liberis in tertio gradu constitutis præferendi videantur. *l. 3. supra h. t. §. 4. Inst. de legit. agnat. success.* quoniam respondendum est, per jus repræsentationis, (quod Justin. hoc casu etiam inter collaterales induxit) fratrum liberos in parentum suorum locum succedere, & per fictionem in secundo quoq; gradu collocari. *d. Nov. 118. c. 3.* Procedit hæc regula 1. non tantùm jure Civili, sed etiam Saxonico, quo fratres utrinq; conjuncti, eos, qui ab uno latere conjuncti sunt, à successione quoq; excludunt, per text Land-recht. *lib. 2. art. 20.* & rationem, quod eo jure frater ab uno latere conjunctus in tertio gradu ponatur. *d. art. 20. ibiq; Gloss. & lib. 3. art. 3.* adeoq; tanquam remotior à propiore meritò excludatur. *arg. d. §. 4. Inst. de legit. agnat. success. Schneid. ad d. t. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. c. de tert. ordin. succed. &c. n. 9. Matth. Coler. lib. 1. Dec. 49. n. 7. Bened. Carpz. in Jurispr. forens. p. 3. Const. def. 8.* Secundò & in statuto excludente fœminas extantibus masculis & agnatis, eam locũ habere putamus. Nã licet frater cõsanguineus nõ minus agnatus sit, quàm frater, tamen queãdmodũ utrinq; conjunctus, propter duplicitatẽ vinculi jure cõmuni præfertur: ita hîc quoq; eũ præferendum esse, dicendum videtur; cum in dubio statuta ita interpretari debeamus, ut quam minimum à jure communi recedamus. *arg. l. si quando. 35. pr. supra de inoffic. testam. Borch. de gradib. p. (mihi) 227. & Dd. magis comm. ut monet Forst. de success. lib. 8. c. fin* Lim. 3. Nulla facienda est bonorum distinctio, utrum paterna, an ma-

Nisi tamen pacto *arg. l. in traditionibus. 48. ff. de pact. & l. 10. C. eod.* vel consuetudine loci aliud receptum sit. *arg. c. Obertus in fin. pr. 2. F. 1.* Adde *Schrader. p. 7. c. 6. Rosenth. c. 7. concl. 14. n. 18. & seqq. Jan. ab Arcedar. c. 2. concl. 7.* Ubi duo notanda. 1. Hisce casibus, quibus parentes ad successionem vocantur, etiam fratres utrinq; conjunctos simul admittendos esse: quippe casus isti jure feudali decisi non sunt, adeoq; juris Civilis dispositioni meritò inhærendum est. *arg. d. c. Obertus in f. pr. 1. F. 1.* Nec movet, quod pater proximior agnatus sit filio, quàm frater. Respondetur enim jus commune proximitatem hoc casu non attendere, sed fratrem utrinq; conjunctum cum parente ad successionem admittere *d. Nov. 118. c. 2. Schrad. d. c. 6. n. 10. Rosenth. d. concl. 14. n. fin. Bocer. d. c. 4. q. 4.* Deinde, quod in feudo filio acquisito pater ne usumfructum quidem habeat. *arg. c. Obertus. in fin. in quib. caus. feud. amitt. 2. F. 23.* Idq; in feudo militari, quod militiæ causa constitutum est, & quasi militari, ex professione fortè Academica, Advocationibus vel Consiliis præstitis acquisito omnes recipiunt, *per text. pr. Inst. per quas person. cuiq; adquir. & l. cum quidem, 6. §. cum autem 3. vers. exceptis. C. de bon. quæ liber.* item in feudo à Dn. concesso, *l. 7. C. d. t.* & quod aliàs dignitati personæ vasalli cohæret. *arg. l. 3. §. si quid. 7. ff. de minor.* aut in quo pacto cautum, ne ususfructus ad patrem pertineat. *Auth. Excipitur. C. d. t. de bon. qualib.* extra casus verò istos in feudo pagano usumfr. omninò ad patrem pertinere volunt. 1. quia pater & filius pro una persona habeantur. *l. ult. C. de impub. & al. substit.* adeoq; quicquid filio adquiritur, idem patri adquisitum intelligatur. *§. si quis 4. in fin. Inst. de inutil. stipul.* 2. quoniam feudum usus fr. est. *d. c. Obertus. in f. 2. F. 23.* ususfr. autem filio constitutus patri adquiritur. *l. fin. C. de usufr.* 3. quod hæc quæstio jure feudali decisa non sit, ideoq; jus Civile observandum *d. c. obertus in fin. pr. 2. F. 1.* quod in adventitiis patri usumfructum adjudicat *d. l. fin. C. de usufructu.* 4. Deniq;, quod fructus feudi allodiales sint. *c. si contigerit. ibi: in fructibus &c. an agnat. vel fil. p. 2. F. 45. Curt. de feud. p. 3. membr. 2. n. 46. Sonsbecc. p. 7. n. 8. Fach. 7. controv. 77. Bocer. d. c. 4. q. ult. Niell. D. feud. 5. th. 5. lit. D. Bach. ad Trentl. vol. 1. D. 16. th. 2. lit. B.* Verùm negativam Dd. communi-

teftuentur. 1. quoniam in omni feudo hoc actum, ut proprietate penes Dominum remanente, usufructus ad ipsum accipientem pertineat, non ad patrem ejus transeat. *arg. d. c. Obertus in fin. 2. F. 25.* quo casu etiam jure Civili usumfr. ad filium, non patrem pertinere, expeditum est. *d. Auth. Excipitur. C. de bon. quæ liber.* 2. quod circa servitia filii electa sit industria. *arg. c. mutus. in fin. An mutus, vel aliàs imperfectus feudum retineat. 3. F. 36. cum similibus.* & consequenter ex æquitate naturali etiam fructus & commodum feudi ipse, non pater percipere debeat. *l. secundum. 10. ff. de R. J.* Neq; hanc rationem infringit, quod liberum sit vasallo per alium servitia præstare, *per textum in c. Imperialem. §. firmiter. 1. de prohib. feud. alien. per Frider. 2. F. 55. Bach. d. loc. & Bocer. d. q. fin.* quodq; pater fructus feudi percipiens filio suo vasallo sumtus præstandis servitiis necessarios suppeditare cogatur. *per l. cum non solum. 8. §. ubi autem. 5. C. d. t. de bon. quæ lib. Bocer. & Niell. d. loc.* Nam prius non aliter procedit, quàm si vasallus ipse propter ætatem, vel aliud temporale impedimentum servire nequeat. *arg. c. prima autem §. item 2. vers. aliud est. Quæ fuit prima causa benef. amitt. 2. F. 24. Dn. Rittersh. part. feudal. lib. 2. c. 1. q. 31.* Posterius verò æquitati nondũ satis facit, cum nihilominus filius onus servitiorum, & pater commodum feudi percipiat, contra *d. l. 10. de R. J.* & voluntatem domini, qui proculdubio honorare filium, non utilitate omni ad patrem translata, servitiis tantùm onerare voluit. 3. quod in effectu aliàs nihil habiturus esset, quippe proprietate penes Dominum remanente, & usufr. ad patrem pertinente, quod iterum voluntati Domini, & naturæ feudi contrarium esse, patet *ex d. c. Obertus 2. F. 23.* Neq; magnoperè urget, quod Bocer. hîc regerit, non ipsumfr. qui filii est & manet, sed fructus tantùm patri assignari: quoniam dominum non nudum istud jus, sed cum perceptione fructuum cõjunctum vasallo tribuisse, *ex d. c. obertus. in fin.* haud obscurè colligitur. *Jac. de Bellov. in c. si duo, de fratrib. de nov. benef. invest. 2. F. 12. ibiq; Bald. n. 6. Alvarott. n. 8. Schenck. n. 9. Andr. de Isern. ad c. quia pater. 1. F. 1. n. 13. Schrad. d. c. 6. n. 6. Rosenth. d. concl. 14. n. 13. Jan. ab Arcedur. c. 2. concl. 6. n. 24. & seqq.* Non obstant fundamenta supra in contrarium allata. Nam ad 1. respondetur: regulam istam

juris

juris civilis fallere non tantùm in peculio castrensi, vel quasi, sed etiam adventitio, in quo hoc actum est, ut ususfructus ad patrem non transeat. *Nov. 117. c. 1.* quod in quovis feudo agi, suprà *ex d. c. Obertus. 2. F. 23.* ostendimus. Ad 2. aliam esse rationem ususfr. civilis, aliam feudi, in quo neq; voluntas Domini concedentis, neq; æquitas permittit, ut ususfr. patri adquiratur, per ea, quæ supra dicta sunt. Ad 3. patet responsio ex nostris fundamentis; quibus addendum, Jure feudali decisa intelligi non ea tantùm, quæ expressis verbis in eo scripta sunt, sed etiam quæ per bonam & legitimam consequentiam inde eliciuntur. *arg. l. 6. §. 1. ff. de V. S.* Ad 4. & ultimum respondendum est, non tàm fructus ipsos, quam jus percipiendi, & rem, ex qua percipiuntur, attendi oportere, adeoq; fructus licet allodiales sint, exemplo tamen fructuum ex peculio castrensi, vel adventitio, in quo pater usumfructum non habet, ad filium, non patrem pertinere. *Arum. d. feud. 3. th. 39.* Deniq; limitatur sententia Auth. nostræ, etiam Jure Saxonico, quo patres, sive adscendentes omnes collaterales, etiam fratres utrinq; conjunctos excludunt, *per textum* in Landrecht. *lib. 1. art. 17.* Qui textus licet de patre & matre tantùm loquatur, tamen consuetudine Saxonica receptum est, ut etiam avus & avia reliquiq; adscendentes in infinitum, exclusis fratribus vel sororibus, ad successionem admittantur, teste *Matth. Coler. decis. 47. n. 4. Schneid. d. c. de success. ascend. n. 15. Bened. Carpz. in Jurispr. forens. p. 3. Const. 17. def. 6. & 7.* Sed nec pater hoc jure matrem excludit, ut putat *Schneid. d. c. 10.* sed pariter liberis defunctis succedunt: Non obstante *d. art. 17.* qui nihil aliud velle videtur, quam patrem ratione ususfr. tantùm, & administrationis in successione liberorum præferri, salva interim matri dimidia proprietatis parte, ut hunc textum interpretatur post alios, *Carpz. d. const. 17. defin. 1.*

## *TIT. LVI.*
## Ad SCtm Orfitianum.

QUemadmodum SCto Tertulliano matribus; ita Orfitiano liberis consultum est, ut cum lege 12. tabb. inter matrem

trce & liberos, quippe neq; suos, neq; agnatos sibi invicè, nulla esset successio, *pr. Inst. de SCt. Tertull.* ex hoc SCto ( quod *Orfitio & Ruffo COSS. Div. Marci temporibus* factum est ) liberi quoq; ad matris successionem vocarentur. *pr. Inst. h. t. nr.*

## Ad L. 1.

Olim Consanguinei & agnati ex lege 12. tabb. & mater ex SCto. Tertulliano liberos à successione intestatæ mulieris excludebant, ut apparet ex iis, quæ notat *Bach. ad pr. Inst. h. t. nr.* & in præcedentibus, à nobis dicta sunt: Hodie liberi etiam in successione materna istis omnibus præferuntur & ex SCto hoc ad eos solos pertinet hereditas. *h. l. nr.* Neq; refert, utrum legitimi sint liberi, an naturales tantùm, vel etiam spurii. *§. novissime. pen. Inst. h. t.* quoniam tàm hujus, quàm præcedentis SCti ratio est naturalis conjunctio. *arg. pr. Inst. de SCt. Tertull. & pr. h. t. nr.* quam in spuriis, quoad matrem æquè ac in legitimè natis esse expeditum est. *l. si spurius. 4. ff. und. cognat.* Limitatur 1. in liberis incestuosis & ex damnato congressu natis, qui ab omni penitus successione, tàm paterna, quàm materna, excluduntur. *l. si quis. 6. & Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil nupt. Nov. 74. c. ult. & Nov. 89. c. ult. Forst. de success. lib. 6. c. 50. Dn. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. 8. n. 5.* Deinde, ut in liberis tantùm primi gradus, sive filiis & filiabus SCtum hoc locum habeat, non in nepotibus & reliquis descendentibus, qui posteriorum demùm Impp. Constitutionibus ad successionem ascendentium vocati sunt. *§. sed cum t. Inst. h. t. nr.* ita, ut hodie in infinitum usq; admittantur, & omnibus, tàm ascendentibus, quàm collateralibus præferantur, *ex Nov. 118. c. 1. & Auth. in successione. supra. de suis & legit. liber.*

## Ad L. non pro numero. 2.

Dubitari potest si fortè mulier duobus filiis emancipatis, duobus autem aliis in patria positis potestate superstitibus, diem functa sit; & hi, qui in potestate patris fuerant, priusquam hereditatem maternam adirent, rebus humanis exempti fuerint, quomodo hereditatis facienda sit divisio. Dubitandi ratio esse potest. 1. quo-

niam etiam ii, qui ad partem hereditatis non admittuntur, partem tamen aliis faciunt, id est, efficiunt, ut minus consequantur, quàm aliàs consecuturi essent, *l. Papinianus. 8. §. quoniam. 8. ff. de inoffic. test. l. hujusmodi. 84. §. si Titio. 9. ff. de legat. 1.* 2. quoniam ascendentium hereditas etiam non adita ad descendentes transmittitur, *l. un. supra de his, qui ante apert. tabb. hered. transmitt.* 3. quia à quovis herede sciente sibi hereditatem, vel ex testamento, vel ab intestato, relictam esse, jus deliberandi intra annum ad quemcunq; heredem transmittitur. *l. cum in antiquoribus. 19. supr. de jur. deliber.* 4. quoniam parens repudiante filiofam. suo jure hereditatem adire, sibiq; adquirere potest, *l. cum non solum. 8. intr. de bon. qua liber.* Unde dicendum videbatur, ad superstites duos filios hereditatem maternam tantùm pro parte dimidia, alteram verò dimidiam, vel ad liberos, vel parentem eorum pertinere. Verum his non obstantibus rescribunt *Impp. Dioclet. & Maxim.* non pro numero superstitum mortis matris tempore, sed pro numero succedentium maternam hereditatem scindendam, adeoq; inter superstites tantùm duos viriles portiones faciendas esse, *h. l. nr.* decidendi ratio est, quoniam portio heredis, qui ante hereditatem aditam decessit, vel alio modo eam amisit, tanquam deficiens ad coheredem jure accrescendi pertinet, sive ex testamẽto, *l. un. §. hac autem. 14. supr. de cad. toll.* sive ab intestato delata hereditas fuerit. *l. 1. §. 9. ff. ad SCtũ Tertull. l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. hered. Bald. ad h. l. nr. n. 6.* Deinde, quo is, qui ad partem nõ admittitur partẽ quoq; facere, aliisq; eam abstrahere non soleat. *l. planè. 34. §. si duobus. 11. ff. de legat. 1. l. si post. 10. §. liberi. 4. ff. de bon. poss. contr. tabb.* Nec obstant rationes dubitandi supra allatæ, quoniam ad 1. responderi potest, utramq; quidem regulam in jure nostro reperiri, sed in aliis terminis, adeoq; ex una adversus alteram firmum argumentum duci non posse, quod agnoscit *Fachin. 4. controv. 31.* illa, quod is, qui ad partem non admittatur, partem tamen faciat, ad eos potissimum referenda est, qui jus ad rem habent, adeoq; non in totum exclusi sunt, verbi gratia: exheredatus, qui tacet quidem, sed jus tamen dicendi testamentum inofficiosum nondum amisit, meritò alteri partem facit, ut is non totam hereditatem petere possit. *d. l. 8. §. 8. ff. de inoff. testam.*

*testam.* Sic quoq; si Titio & Mævio Stichus fuerit legatus, qui Titii erat, Titius propter jus retentionis, quod ex causa dominii habet, partem Mævio facit. *d. l. 84. §. 8. ff. de legat. 1.* quamvis ad partem legati non admittatur, cum res sua nemini legari possit. *§. sed si 10. Inst. de legat. l. proprias. 13. C. eod. tit.* Hæc verò, (quod qui ad partem non admittantur, partem quoq; non faciant) ad illos pertinet, qui jus suum repudiarunt, vel alio modo ab eodem exclusi sunt. *l. qui repudiantis. 17. & l. pœnas. 23. §. ult. ff. de inoffic. testam.* puta si fortè duobus quid legatum sit, quorum alter heres institutus; heredi à semetipso inutiliter legatum est, ideoq; cum à petitione legati exclusus sit, collegatario partem non facit, sed totum legatum ad eum pertinet. *d. l. 34. §. 11. ff. de legat. 1.* Item liberi exheredati, à bonorum possessione contra tabulas excluduntur. *l. non putavit. 8. pr. ff. de bon. possess. contra tabb.* ideoq; aliis, per quos edictum committitur, partem non faciunt. *d. l. 10. §. 4. ff. de bon. poss. contr. tabb. Bart. ad d. l. 84. §. 8. ff. de legat. 1. Zas. 1. respons. 19. Fach. d. c. 31.* Ad 2. Glossa varias responsiones affert, sed tandem in ea acquiescit, quod in hoc textu nostro filii antequam recederent, hereditatem repudiaverint, adeoq; transmittere non potuerint, quam alias etiam ad patrem & adscendentes transmisissent, secundum *l. apud hostes. 8. supr. de suis & legit.* Verùm hæc responsio textui satis convenire non videtur, utpote in quo de repudiatione nullum verbum, sed tantùm quod liberi antequam hereditatem maternam sibi quærerent, decesserint, ut rectè monet *Bart. hîc. n. 2. & Bald. n. 5.* qui propterea primã Glossæ solutionem præferunt, quod hîc filii isti in potestate patris constituti, sine liberis decesserint. *arg. d. l. un. C. de his, qui ante apert. tabb.* adeoq; ad eos hereditatem trãsmittere nõ potuerint, neq; ad patrẽ, ad quẽ decisio *d. l. un.* utpote quæ de ascendentium hereditate ad descendentes transmittenda tantùm cõcepta est, contra Juris regulas extentenda nõ est. *arg. l. uni. §. in novissimo supra de caduc. toll. Adde Bald. hic Gomez. 1. var. res. 9. n. 48. Vasq. de succ. creat. §. 21. n. 267. Nicol. Noatis. de transm. c. 8. n. 83.* Nõ obstante *d. l. 8. supr. de suis & legit.* quæ de suo herede aperte loquitur, quem non ad ascendentes tantùm, sed etiam quosvis heredes, hereditatem licet non aditam, transmittere receptum est, *l. qui duos.*

*9. §. fin. ff. de reb. dub. l. 3. supr. de jur. delib. Bart. & Bald. ad h. l. nr. Adde, quæ supra ad d. l. 8. à nobis dicta sunt.* Fortè dici potest, nihil interesse, quem casum hîc ponamus, utrum repudiationis factæ, an non existentium liberorum, cum Impp. non de transmissione agere, sed id tantùm decidere propositum fuerit, quomodo in terminis propositis facienda sit hereditatis divisio, ut ex ipso textu satis apparet. Ad 3. quod attinet, fatetur *Bart. ad h. l. in fin.* jus deliberandi ad patrem, si scivisset, transmissum fuisse, ex *d. l. 19. supr. de jur. delib.* Secundum quod hic textus non accipiendus sit, *Bald. n. 5.* Ad 4. deniq; expedita est responsio, *d. l. 8. pr. inter de bon. qua liber.* procedere in filio vivo, & hereditatem repudiante, non in mortuo, quo casu deficiens ejus portio ad fratres, tanquam coheredes jure accrescendi pertinet, *h. l. nr. Bart. ad d. l. 8. pr. n. 3. Adde Bald. ad l. nr. n. fin.*

## Ad L. Matri. 3.

Notum est, liberos olim ad matris successionem jure Civili admissos non fuisse. *pr. Inst. de SCt. Tertull.* sed demum à Prætore per bonorum possessionem, unde cognati, vocatos. *l. 2. ff. unde cognati.* Hodie post SCtum Orfit. non tantùm bonorum possessionem unde legitimi habent, *l. 2. in fin. ff. unde legit. & l. 1. §. si qua. 9. ff. d. t. unde cognati.* sed etiam rectà sine ulla bonorum possessionis portione, adire hereditatem maternam possunt. *h. l. nr. ibiq; Gloss.* Unde dicendum, etiamsi liberi exclusi tempore à bonorum possessione fuerint, tamen eos ad civile aditionis vel pro herede gestionis remedium adhuc admittendos esse, *l. sunm. 13. supr. de jur. delib. Bald. ad h. l. nr.*

## Ad L. Quoties. 4.

Hæc lex, quæ nihil aliud continet, quam quod in successione descendentes ascendentibus præferantur, explicatione omninò indiget, sed ex iis, quæ supra *ad l. 1. h. t. & l. si matre. 11. supr. de suis & legit.* à nobis dicta sunt, facile intelligitur.

## Ad L. Si qua. 5.

Quod supra *ad l. 1.* dictum, Matri etiam spurios æquè ac legitimos

gitimos succedere, ex §. *pen. Inst. h. t. & l. 1. §. sed & 2. ff. ad SCt. Tertull. & Orfit.* id hîc limitatur in matre illustri, ut si forte ea liberos spurios, & alios legitimos habuerit, spurii à successione omninò excludantur. *h. l. nr.* quoniam injuriosum planè est, in illustri fœmina spurios nominare, ut ait *Imp. h. ipsa. l. nostra.* Procedit autem hæc limitatio & exclusio tantùm, si liberi ex legitimo matrimonio nati adfuerint: nam iis non existentibus, & spurios ad illustris matris successionem admittendos esse, ex h. ipso textu satis colligitur. Deinde locum habet tantùm in spuriis, non naturalibus, ex concubina illustri natis, quos unà cum justis liberis matri succedere dicendum est. *d. h. l. nr. ibiq; Gloss. & Bart.* Quid autem de matre illustri habendum, an & ea à successione Spuriorum excludenda erit? Et suadere hoc videtur tùm relatorum natura. *arg. l. fin. C. de indict. vid. toll.* tum eadem castitatis & honestatis ratio, quæ utrobiq; eodem modo obtinere videtur. *Accurs. & Mynf. ad §. ult. Inst. de SCt. Tertull. ibiq; Lockam. in not. Forst. de success. lib. 7. c. 17. n. 7.* Verùm cum de matre id nunquam expresse cautum reperiatur, tutius fortè est, si jus commune sequamur; inprimis cum ratio singularis, & novi istius juris, favor videl. liberorum legitimè natorum huic casui accommodari posse non videatur, siquidem liberis per matris successionem nihil præjudicii infertur, sed commodum potius acquiritur. *Angel. Aretin. ad §. 3. in fin. Inst. d. t. de SCt. Tertyll. Schneid. ad tit. Inst. de hered. quæ ab intest. &c. in secund. succed. ord. n. 48. Harpr. ad §. ult. Inst. d. t. de SCt. Tertyll. n. fin.* Nec movet argumentum vel à natura relatorum, vel rationis paritate petitum: quoniam relatorum diversa hîc est ratio, adeoq; nulla justa consequentia: & decisionis causa principalis favor potius est liberorum legitimè natorum, quibus non extantibus, etiam liberos vulgo quæsitos matri, licet illustri succedere, supra dictum est, ex *h. l. nr.*

## Ad L. Ult.

**Si fortè ancilla, cui libertas per fideicommissum relicta est, moram in libertate præstanda faciente eo, à quo relicta, interim pariat, partum liberum & ingenuum esse expeditum est, *l. Herennius. 22. ff. de stat. hom. l. 1. §. 1. ff. de suis & legit. l. si quis rogatus. 53. pr. ff.* de**

*de fideicom. hered. l. 3. C. eod. t.* An verò matri quoq; succederet, dubitatum fuisse, movet *Justin. h. l. nr.* dubitandi ratio fortè fuit, quoniam id, quod favore libertatis inductum est, *d. l. 53. de fidei-comm. libert.* ad consequentiam successionis extendendum non videtur. *arg. l. quod contra. 14. ff. de legib.* Sed ea non obstante decidit *Justin.* hoc casu tàm matrem ex SCto Tertylliano, quàm patrem ex Orfitiano invicem ad successionem admittendos esse. *h. l. nr.* Ratio decidendi esse potest, quod si ancilla manumissa partum edidisset, successioni legitimæ procul dubio locus fuisset. *l. 2. §. 3. ff. ad SCt. Tertyll. & Orfit.* & culpa aut mora heredis aliis nocere non debeat. *l. electio. 27. §. ult. ff. de noxal. act. l. in condemnatione. 173. §. pen. ff. de R. J.*

## TIT. LVII.

### De Legitimis heredibus.

OLim exclusis parentibus, secundo ordine vocabantur agnati & legitimi tàm *lege 12. tabb. Ulp. in fragm. t. 26. in f. pr. l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. de V. S.* quàm Jure Prætorio per bonorum possessionem unde legitimi, *§. sunt autem. 1. & §. 2. Inst. de bon. poss. l. 1. & tot. tit. ff. und. legit.* Hodie post parentes tertio demum ordine collaterales omnes, certo tantùm modo, admittuntur, ut colligitur *ex Auth. cessante, & duabus seqq. intr. h. t. nr.*

### Ad L. I.

Inter collaterales primo loco vocantur fratres & sorores. *§. sunt autem. 1. Inst. de legit. agnat. success. & h. l. nr.* idq; tàm jure antiquo, quam novo. *d. h. l. & Auth. cessante. intr. h. t.* etiam jure Prætorio per bonorum possessionem unde legitimi. *d. l. nr. & d. §. 1. Inst. de bon. poss.* Nec refert, utrum fratres utroq; latere, an à patre tantùm conjuncti fuerint. *h. l. nr. & d. §. 1. Inst. de legit. agnat. success.* quoniam ad jus agnationis & familiæ, quod hîc inprimis consideratur, nulla matris habetur ratio, ut patet *ex d. §. 1. de legit. agnat. success. & §. 1. Inst. de legit. agnat. tut.* Non obstat, quod duo vincula fortius ligent, quàm unum. *arg. §. sed hodie 2. in fin. Inst. de adopt.*

ad-

adeoq; dicendum videbatur, fratrem utrinq; conjunctum, consanguineo, qui ab uno tantùm latere conjunctus est, etiam hoc jure præferendum esse. Respondetur enim, imò hoc jure unum tantùm vinculum, sive unam rationem (agnationis videlicet) attendi, quoniam altera ratio, quæ à matre est, & cognationem tantùm inducit, impertinens plane est, & in considerationem hoc jure non venit. *d. §. 1. de legit. agnat. success. Bald. ad h. l. nr. n. 3.* quamvis jure novissimo aliud constitutum sit, *in Auth. cessante intr. h. t. & Nov. 118. c. 3.* Præterea procedit hæc l. nostra, etiam eo casu, quo sorores à patre, vel amitæ, (si fratrum defunctorum filii fortè concurrant) ab avo dotatæ fuerint. Quamvis enim alias sorores fratribus dotem conferre, si cum iis succedere velint, omninò teneantur. *l. 1. & tot. tit. ff. de dot. collat.* tamen id tantùm locum habet in successione descendentium, quoniam ii parentibus suis succedunt. *l. 1. & tot. tit. ff. & C. de collat.* nam inter collaterales omnis cessat collatio, ut monet *Gloss. ad h. l. nr. ibiq. Bald. n. 1.* Deniq; limitatur, ut hoc jure & tempore *Imp. Alexandri*, cujus hæc est Constitutio, uterini fratres & sorores non admitterentur. *arg h. l. nostra,* quoniam cognati tantùm fuerunt, quos Prætorem demum per bonorum possessionem unde cognati, vocasse constat, *ex l. 1. & tot. tit. ff. unde cognati.* Licet ex constitutione Justin: & hi hodiè admittantur, *l. ult. infr. h. t.* de qua correctione ad istum textum dicendum erit.

## Ad Legem, Si Ejus. 2.

Si quis fortè à sorore heres institutus, patri in cujus potestate erat, hereditatem per aditionem non quæsiverit, posteaquam mortuo patre, & ejus hereditate repudiata, defunctæ successionem agnoverit, bonorum separationem petere non prohibetur, *h. l. nr.* dubitandi ratio esse potest, quod eo ipso dum vivo patre tacuit, hereditatem jam adivisse, & patri quæsivisse intelligatur. *L. si filiusfam. 10. supra de petit. hered.* Sed decidendi in ipso textu ponitur, quod mortuo demum patre, successionem defunctæ adiverit, adeoq; antea patri nihil juris acquirere potuerit. Nec movet *d. l. 10. de hered. petit.* utpotè in qua filius hereditatem per longum tempus vivo patre detinuit, atq; ita ex longi istius temporis patientia

solum

solennis aditio intervenisse præsumitur, ut ex ipso textu satis apparet, & monet *Bald. hîc n. 1. in fin. Adde Gloss. ad d. l. 10. de petit. hered.*

## Ad L. Consanguinitas. 3.

In successione agnatorum, si cum Sorore defuncti concurrant alterius defuncti fratris filii, soror sola ad hereditatem admittitur. *h. l. nr.* Fratrum enim filii non aliter ad defuncti patrui successionem vocantur, quàm si fratres vel sorores non adfuerint. §. *hoc etiam. 4. in fin. Inst. de legit. agnat. success.* Dubitandi ratio fuit, quoniam liberi in parentum suorum locum succedunt, eorumq; personam repræsentant. §. *cum filius. 6. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* decidendi verò ratio, quod sorores æquè agnatæ sint, ac fratres, vel eorum filii, & quod tàm agnatis quàm cognatis jure prior in gradu, remotiorem à successione excludat. *d. §. 4. in fin. & §. 5. de legit. agnat. success.* Cum ergò hic in ordine agnatorum soror secundo, fratris verò filius tertio gradu sit, meritò illam huic præferendam esse, dicendum est. *h. l. nr. & d. §. 5. de legit. agnat. success.* Undè nihil huc facit dubitandi ratio, quoniam jus repræsentationis, in linea tantùm descendentium, non collateralium, locum habere expeditum est. *d. §. 6. de hered. quæ ab intest. juncta h. l. nr. d. §. 5. de legit. agnat. success.* Jure tamen novissimo etiam hoc casu jus repræsentationis omninò introductum est, *d. Auth. cessante, intr. h. t. & d. Nov. 118. c. 3.*

## Ad Auth. Cessante.

Jure novissimo tertius succedentium ordo est Collateralium, & primo quidem loco fratrum. Si enim defunctus neq; descẽdentes, neq; adscendentes reliquerit, primi fratres & sorores ad successionem vocantur. *d. Nov. 118. c. 3. pr.* Verùm cum fratrum variæ sint species, videlicet legitimorum & naturalium simul, legitimorũ tantùm, naturalium tantùm, & spuriosorum sive vulgo quæsitorum, (nam Spiritualium & incestuosorum nulla est successio) de singulis distinctè, sed paucis, pro instituti nostri ratione, agendum est. Legitimi ergò & naturales simul, vel utroq; latere, tàm paterno, quàm materno conjuncti sunt, qui germani appellantur, vel

vel ab uno, puta à patre tantùm, qui consanguinei; vel à matre tantùm, qui uterini dicuntur, se contingunt. Et illi quidem non tantùm collateralibus aliis omnibus, sed etiam fratribus ab uno latere conjunctis, in successione præferuntur. *h. Auth. & d. Nov. 118. c. 3.* Quamvis enim omnes eodem gradu, secundo videl. defuncto fratri conjuncti sint, adeoq; jure antiquo simul admissi fuerint, *l. 1. & l. ult. §. nec fratres. 2. infr. h. t.* tamen hodie non tàm gradus æqualitas, quàm vinculi duplicitas attenditur. *d. Nov. 118. c. 3. quam fortiorem esse patet ex §. sed. hodie. 2. Inst. de adopt.* Succedunt autem vel soli, vel cum iis concurrunt prædefunctorum fratrum vel sororum liberi, illo casu in capita, hoc verò in stipes fit divisio. *d. Auth. nr.* Nec movet, quod fratres tanquam secundo gradu conjuncti, fratrum liberis in tertio gradu constitutis præferendi videantur. *l. 3. supra h. t. §. 4. Inst. de legit. agnat. success.* quoniam respondendum est, per jus repræsentationis, (quod Justin. hoc casu etiam inter collaterales induxit) fratrum liberos in parentum suorum locum succedere, & per fictionem in secundo quoq; gradu collocari. *d. Nov. 118. c. 3.* Procedit hæc regula 1. non tantùm jure Civili, sed etiam Saxonico, quo fratres utrinq; conjuncti, eos, qui ab uno latere conjuncti sunt, à successione quoq; excludunt, per text **Landrecht**. *lib. 2. art. 20.* & rationem, quod eo jure frater ab uno latere conjunctus in tertio gradu ponatur. *d. art. 20. ibiq; Gloss. & lib. 3. art. 3.* adeoq; tanquam remotior à propiore meritò excludatur. *arg. d. §. 4. Inst. de legit. agnat. success. Schneid. ad d. t. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. c. de tert. ordin. succed. &c. n. 9. Matth. Coler. lib. 1. Dec. 49. n. 7. Bened. Carpz. in Jurispr. forens. p. 3. Const. def. 8.* Secundò & in statuto excludente fœminas extantibus masculis & agnatis, eam locũ habere putamus. Nã licet frater cõsanguineus nõ minus agnatus sit, quàm frater, tamen queadmodũ utrinq; conjunctus, propter duplicitatẽ vinculi jure cõmuni præfertur: ita hîc quoq; eũ præferendum esse, dicendum videtur; cum in dubio statuta ita interpretari debeamus, ut quam minimum à jure communi recedamus. *arg. l. si quando. 35. pr. supra de inoffic. testam. Borch. de gradib. p. (mihi) 227. & Dd. magis comm. ut monet Forst. de success. lib. 8. c. fin* Lim. 3. Nulla facienda est bonorum distinctio, utrum paterna, an ma-

terna, an aliunde quæsita fuerint, sed fratres & sorores æqualiter admittuntur, *arg. auth. itaq; infr. de success. Schneid. d. c. n. 6.* 4. Nec sexus aut emancipationis ulla attenditur differentia, sed sorores cum fratribus, tàm emancipatis, quàm in potestate constitutis ad successionem vocantur, *d. h. Auth. nostra.* Limitatur verò 1. ut jure feudali non omnimodo regula procedat, utpote quo sorores quidem, tanquam feudi incapaces, à successione excluduntur, *c. quia §. hoc autem. 3. de his, qui feud. dar. poss. 1. F. 1. c. sequitur. §. fin. de success. feud. 1. F. 8. c. si quis. quemadmodum feud. ad filiam pertin. 1. F. 24.* Contra verò fratres consanguinei unà cum germanis admittuntur: tùm per *c. per successionem vers. his vero. de success. fratr. vel gradib. succed. in feud. 2. F. 22.* ubi fratres simpliciter succedere dicuntur; tum etiam quod in successione feudali non vinculi duplicitas, sed sola agnatio in considerationem veniat, *arg. d. c. per successionem. 2. Feud. 11. & 6. si contigerit. An agnatus vel filius. &c. 2. F. 45.* consanguinei autem fratres non minus agnati sint, quam germani. *§. vulgo quæsiti. 4. Inst. de success. cognat.* Non obstat ergò, quod casum hunc tanquam jure feudali non decisum, ex jure communi decidendum putet, *Guilhelm. Forner. de success. collater. reg. 4.* Hoc enim falsum, & casum istum tum textu *d. c. per successionem*, quam ratione ex jure feudali petita, satis decisum esse, patet ex iis, quæ dicta sunt. *Jacob. de Ardizon. c. 137. vers. sed nunquid frater. &c. Joh. Blanch. lib. 3. c. 1. n. 27. Bald. ad d. c. per successionem vers. his verò deficientibus. n. 1. Alvar. n. 3. Curt. p. 3. memb. 3. q. 6. Rosenth. c. 7. concl. 57. n. 1. & Dd. comm. Bocer. de success. feud. c. 5. q. 14. Gail. 2. obs. 151.* 2. quoad fratrum utrinq; conjunctorum liberos hoc jure differentiam in eo esse volunt, quod in feudo quidem hereditario cum fratribus in stirpes admittantur, in feudo verò ex pacto & providentia, cum in eo nō hereditario, sed sanguinis & proximitatis jure succedatur, frater autem proculdubio proximior sit fratrum filiis, à successione excludantur. *Covarruv. Pract. quæst. 38. n. 13. Vult. 1. de feud. 9. n. 109. Hieron. Setzer. d. feud. 7. th. 20. in fin.* Verum hæc distinctio, & inde desumta limitatio recipienda non videtur, sed potius indistinctè tenendum, in quovis feudo, sive illud hereditarium sit, sive ex pacto & providentiâ fratris filios unâ

unâ cum fratre ad ſucceſſionem vocari: tum per *textum in d. c. per ſucceſſionem. verſ. his verò deficientibus: 2. F. 11.* ubi fratrum præmortuorum filii cum fratribus ad ſucceſſionem vocantur; non in hereditario tãtùm feudo, ſed generaliter ſine ulla diſtinctiõe adeoq; etiam in eo, quod ex pacto & providentia majorum quæſitum eſt, *arg. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act.* maximè cum in dubio feudum potius proprium, quàm improprium, adeoq; ex pacto & providentia hereditarium præſumendum ſit. *arg. c. inveſtitura. §. fin. Quid ſit inveſt. 2. F. 2.* tum quod Jure Civili idem deciſum ſit, *d. Auth. & d. Nov. 118. c. 3.* cujus deciſioni tamdiu inhærendum, donec contrarium ex jure feudali probatum fuerit. *Curt. d. p. 3. membr. 3. n. 60. Zaſ. p. 8. n. 13. Borch. c. 7. membr. 2. n. 81. Schrad. p. 7. c. 7. n. 15. Roſenth. d. c. 7. concl. 56. n. 15.* Nec movet, quod jure ſanguinis proximior ſit frater, quàm fratres filii. Reſpondetur enim, fratris filios hîc non ex ſua perſona, ſed patris ſui defuncti æſtimari, in cujus locum jure repræſentationis ſuccedunt *d. Nov. 118. c. 3.* quod jus in feudali quoq; ſucceſſione obtinere, patet ex *c. ſequitur. pr. 1. Feud, 8. & c. ſi quis. Auth. Conſtitutiones feudal. Dn. Lothar. & c. 1. F. 19.* Deinde non obſtat, quod in hominis diſpoſitione, cujusmodi etiam feudi conceſſio eſt, proximitas veri, non ficti gradus conſideranda videatur. *l. omnia. 32. §. ult. ff. de legat. 2. ibiq; Bald.* Reſpondetur enim negando diſtinctionem iſtam inter hominis & legis diſpoſitionem, cum in dubio ſemper homo legi ſe conformare voluiſſe cenſendus ſit. Neq; contrarium probat. *d. l. 32. §. fin.* in quo primus gradus intelligendus eſt, non reſpectu propinquitatis & ſanguinis, ſed ſucceſſionis, in cujus materia nepos ex fratre eodem gradu cum patruo ſuo eſſe intelligitur, *h. Auth. & d. Nov. 118. c. 3. Bocer. d. c. 5. q. 15.* 3. Jure tamen Saxonico hæc limitatio omnino obtinet, quo fratrum filii à ſucceſſione fratribus extantibus excluduntur, *per textum* in Landrecht. *lib. 1. art. 3. & art. 17.* ex quibus locis jure Saxonico in linea collaterali repræſentationis locum non eſſe, ſed proximum gradu remotiorem excludere, ſatis apertè colligitur. *Schneid. d. c. de tert. ord. ſucceſſ. n. 14. Matth. Coler. p. 1. Dec. 48. n. 4. Carpz. d. p. 3. Conſt. 18. def. 1. n. 14.* Nec movet, quod nonnulli textus iſtos juris Saxon. ſecundum jus commu-

ne interpretantur, ut prior de proximitate etiam ficta per jus repræsentationis, posterior de eo casu, quo fratres & sorores non extant, intelligendus sit, *Henning. Goden. p. 6. cons. 9.* Nam interpretatio ista ipsis textibus satis convenire non videtur, & communiter ab Interpretibus Jur. Saxon. reprobata est, ut monet etiam *Schneid. d. loco.* Sic quoq; obstat, quod *Carol. 5. in Comit. Wormat. Anno 1621.* non tantùm jus Civile hoc in casu expressè confirmaverit, sed etiam omnes consuetudines contrarias abrogaverit, ut videre est *in Recess. d. Ann. 1621.* §. nachdem auch. *&c. pag. (mihi) 134.* Responderi enim potest, *Impp. in d. Recess.* particulares quasdam consuetudines tollere, non verò juri Saxonico, cujus ibidem nulla est mentio, quicquam derogare potuisse, ut agnovit etiã *Sereniss. Elect. Sax. August. in d. Constit. 18.* §. *ult. Matth. Coler. d. decis. 48. n. 9.* Idq; eò magis dicendum est, quòd *Schneid. d. loc.* testatur, Electorem & Duces Saxoniæ, cõtra *d.* §. de successione fratrũ cũ prædefunctorum liberis expresſè protestatos fuisse. Unde frustra fortassis metuit Mynſ. ne si causa talis ad Cameram deferatur, sententia contra fratris liberos lata reformetur, *Resp. 36. n. 6. Adde Carpz. d. Constit. 38. defin. 2.* Illud hîc obiter notandum, hanc Juris Saxonici dispositionem tantùm in bonis allodialibus procedere, nõ in feudis, in quibus etiam Jure Saxon. fratris prædefuncti filius una cum fratre ad successionem admittitur, *per textum* Lehenrecht. *c. 32. Schned. d. c. n. 15.* 4. Eodem jure Saxon. filii fratrum utrinq; conjunctorum, fratres & sorores ab uno latere conjunctos, non excludunt, quod jure Civil fieri expeditum, *d. Auth. nr. & d. Nov. 118. c. 3.* Sed una cum iis ad successionem admittuntur. Landrecht. *lib. 2. art. 20.* idq; propterea, quoniam hoc jure repræsentatio in linea collateralium locum non habet, sed pares gradu pariter ad successionem vocantur, ut supra jam monuimus. *Matth. Coler. p. 1. Dec. 49. n. 22. Carpz. d. Const. 18. Def. 10.* Succedunt autem hoc casu non in stirpes, sed in capita, ut si fortè extet defuncti frater ab uno latere, & ex fratre utrinq; conjuncto tres liberi, non in duos, sed pro numero personarum in quatuor partes hereditas dividatur, ut rectè monet *Schneid. d. c. n. 17.* 5. Deniq;, nec patruum nec avunculum defuncti fratris liberi, quod Jure Civile contingere, patet ex *h. Auth*

*& d. Nov. 118. c. 3.* excludunt, sed tanquam in eodem gradu, videl. tertio, constituti, simul ad hereditatem admittuntur, docente *Coler. d. p. 1. dec. 48. n. 13. Schneid. d. c. n. 19. Carpz. d. Constit. 18. defin. 4.* Quamvis eâdem *Constitutione Electorali. 18.* jus Civile reductum constitutumq; est, ut fratrum liberi patruum, avunculum & amitam à successione repellant, *Carpz. d. Constit. defin. 5.*

## Ad Auth. Post fratres autem.

Quod si nec fratres utrinq; conjuncti, nec liberi eorum superfuerint, vocantur ad successionem defuncti fratres, uno tantùm latere conjuncti, sive consanguinei soli, sive uterini soli sunt, sive utriusq; generis, tàm consanguinei, quàm uterini concurrant, *h. Auth. nr. & d. Nov. 118. c. 3.* Succedunt autem & reliquis collateralibus præferuntur. 1. non tantùm ipsi fratres ab uno latere defuncto conjuncti, sed etiam liberi eorum, quippe qui & ipsi per repræsentationem in eodem gradu cum patruis & avunculis suis esse intelliguntur. *d. h. Auth. & d. Nov. 118. c. 3.* Hinc 2. fratrum liberi æquè ac ipsi fratres ab uno latere conjuncti patruos & avunculos, defuncto licet utrinq; conjunctos, à successione excludunt, *d. Auth. nr. & d. Nov. 118. c. 3.* Præterea cessat hîc omnino sexus & agnationis ratio, sed sola naturalis conjunctio attenditur, ideoq; sorores cum fratribus, & uterini cum consanguineis æqualiter ad successionem admittuntur, *d. h. Auth. & d. Nov. 118. c. 3.* Deniq; nec bonorum ulla hîc attendenda videtur differentia, sed sive paterna, sive materna, sive aliunde quæsita fuerint, consanguinei & uterini æqualiter ad ea vocantur, *d. Auth. nr. & Nov. 118. c. 3.* Quamvis enim paterna ad consanguineos tantùm, materna ad uterinos, & bona aliundè quæsita demum ad omnes æqualiter pertinere videantur, *per. l. de emancipatis. 13. §. exceptis. intr. h. t. Gloss. ad h. Auth. nr. Schneid. ad d. tit. de heredit. quæ ab intest. c. de success. feud. ex uno latere n. 21. Don. 9. comm. 4. ibiq; Hillig. lit. F. Forster. c. 8. concl. 2. & Dd comm. Borch. d. tr. p. 238. Carpz. d. p. 3. Const. 14. def. 1.* tamen nec hîc ulla facienda est bonorum distinctio, per textum *h. Auth. nostra & d. Nov. 118. c. 3.* ubi fratres uterini & consanguinei indistinctè ad successionem vocantur, adeoq;

lege non distinguente, nec nostrum est distinguere, *vulgata l. de pretio. 8. ff. de publ. in rem act.* maximè cum bona defuncti semel adquisita, undecunq; provenerint, cum aliis consolidentur, & proprium patrimonium esse incipiant. *l. sed si 10. §. filio. 2. ff. de vulg. & pupill. substit. Andr. Fachin. 6. controv. 5. Dn. Conrad. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. 13. n. 10. in fin. Bach. ad Tre. vol. 2. D. 16. th. 5. lit. C. Dn. Ungep. Exerc. 9. q. 7. Adde Nicol. Varenbühler. inter Cas. Altorf. 16.* ubi ultra 54. annos, quibus facultati Juridicæ Tubing. interfuit, nunquam aliter judicatum fuisse, scribit. Neq; contrarium probat *d. l. 13. intr. h. t.* utpote quæ non de hoc nostro, sed eo casu loquitur, quo pater etiam adest, cui ususfructus in bonis defuncti filii, fratribus verò tàm consanguineis, quàm germanis (uterini enim demum *per l. ult. h. t.* vocâtur) proprietas defertur, bonis maternis exceptis, quæ ad fratres de eadem matre genitos, id est, germanos solos pertinent, ut rectè hunc textum post *Fulgos. & Corn. in Auth. itaq; intr. communia de succ.* interpretatur *Fachin. d. c. 5.* Sic quoq; parum ad rem facit, *Nov. 84. c. 1.* quippe quæ & ipsa in aliis terminis loquitur, videlicet quando pater cum fratribus, tàm germanis, quàm uterinis, & consanguineis concurrit, ut duplici conjuncti vinculo reliquis præferantur, ut ex ipso textu, diligentius inspecto, facilè apparet. Præterea tàm *Nov. hac 84.* quàm etiam *d. l. 13. intr. h. t.* per sæpius allegatam *Nov. 118.* quæ veteribus legibus derogat, correcta videntur, ut monet *Bach. d. loco.* Et hæc opinio etiam *jure Saxon.* probata est ut patet ex *Const. 14. Elector. August. Carpz. d. Const. def. 4.* Limitatur 1. quoad *Statutum Noricum*, quo distinctio ista bonorum in successione fratrum consanguineorum & uterinorum recepta est, ut patet ex *Reform. Noric. t. 35. l. 5.* Adde *Consil. Altorf. 17.* 2. quoad jus feudale, quo consanguinei quidem fratres cum germanis æqualiter admittuntur, ut ad *Auth. praced.* diximus, sed uterini tanquàm cognati ab omni successione excluduntur. *c. per successionem. vers. ad cognatos. de success. fratrum 2. F. 11.* 3. quoad jus Saxon. quo fratrum ab uno latere conjunctorum liberi, cum patronis, sive fratribus defuncti non succedunt, sed tanquam remotiori gradu constituti ab hereditate repelluntur, per ea, quæ supra *ad praced. Auth.*

*sub*

*sub limit.* 3. à nobis dicta sunt. *Carpz. d. Const. 18. def.* 13. 4. quod eodem jure frater ex uno latere cum patruo utrinq; conjuncto, quippe ambo tertio gradu constituti, simul ad successionem vocantur, per Landrecht. *lib. 1. art. 3. Matth. Coler. p. 1. D. c. 49. n. 19. Berlich. p. 3. concl. 24. n. 76.* Verum ab hac sententia recessit Elect. Saxon. qui secundum jus Civile etiam in terris suis fratribus ex uno latere patruo, licet utrinq; conjuncto, præferri jussit, *d. Const. 18. §.* würde ein man *& c. Carpz. defin. 14.* Qui hanc constitutionem, uti æquitati magis convenientem, etiam in foro juris Saxonici communi præ rigore isto observandam existimat, *defin. 15. Adde Schneid. d. c. n. 27. & 28.* Sed quid dicendum, si fratrum & sororum præmortuorum liberi soli adfuerint, utrum in stirpes, an in capita, successio instituenda est? Et hæc vetus est inter *Glossatores & Interpretes* controversia. Nam *Azo in summ' ad h. t. n. 7.* eos in capita succedere existimavit, per textum expressum in §. *hoc etiam 4. in fin. Inst. de legit. agnat. success. l. 2. §. 2. de suis & legit. l. ult. §. 3. intr. h. t.* Accurl. verò *ad Auth. cessante. in verbo: in stirpes. supra h. t.* in stirpes potius vocandos contendit, per *d. Nov. 118. c. 3. ibiq; Bart' & Dd. comm.* eosq; secutus *Anth. Matth. in not. ad d. §. 4. Inst. de legit. agnat. success.* qui textibus juris antiqui *per d. Nov. 118. c. 3.* derogatum, & jus repræsentationis etiam hoc casu inductum voluit. *Sonsbecc. de feud. p. 9. n. 100. & seqq. aliquot.* Verum cum correctio ista in *textu Novellæ* nominatim expressa non sit, sed potius illud ibidem reperiatur, quod jus repræsentationis (quod aliàs tanquam contra jus commune in linea collaterali receptum strictissime accipiendum) eo demum casu locum habeat, quo fratrum liberi cum patruis vel avunculis suis concurrant. *d. c. 3. ibi: sed si ipsis fratrum & sororum filiis tunc hoc beneficium conferimus. &c. Zas. 1. de singul. resp. 7.* tutius jus antiquum. *arg. l. sancimus. 27. C. de testam. & l. præcipimus. 32. §. ult. infr. de appellat.* maximè cum fratrum & sororum liberi, tanquam eodem omnes gradu constituti, suo non repræsentationis jure adeoq; æqualiter in capita succedere debeat, *arg. d. l. ult. §. 3. intr. h. t. & §. cum filius. 6. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* Nec obstat, quod in concursu cun fratribus

bus in stirpes succedant, & fratribus ab uno latere conjunctis, qui gradu priores sunt, per jus repræsentationis præferantur. *d. Nov. 118. c. 3.* Respondetur enim, id propterea fieri, quoniam aliàs à fratribus defuncti, tanquam propioribus gradu, à successione patrui repellentur. *d. §. 6. Inst. de legit. agnat. success.* quod enim fratrum utrinq; conjunctorum liberi fratribus ex uno latere præferuntur, id non tàm propter jus repræsentationis, quàm ex singulari privilegio contingit, ex ea fortè ratione: quod alias quoq; facilius ad descendentes, quam collaterales hereditas devolvitur. *d. Nov. 118. c. 3.* quo tamen casu, & ipsos fratrum liberos, non in stirpes, sed in capita succedere verius videtur, cum proprio suo jure & vi privilegii, præ fratribus ab uno latere conjunctis ad successionem admittantur: quamvis aliud visum *Fach. 6. controv. 3. Forst. de success. lib. 8. c. 3. n. 3. Harpr. ad d. pr. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. n. 428.* Deinde non movet, quod ex *d. c. 3. §. 1. Nov. 118.* colligunt, successionem in capita demum post fratres eorumq; liberos, locum habere inter reliquos collaterales. Nam id in textu isto non dicitur, sed hoc tantùm: quod, post fratres, eorumq; liberos jus repræsentationis, & divisio in stirpes amplius locum non habeat, sed juxta gradus prærogativam semper propiores, secundum numerum personarum admittantur. *Auth. seq. h. t. nr.* Minus ad rem facit §. *cum filius. 6. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. & l. 1. supra de suis & legit. liber.* ubi nepotes (qui & ipsi fratrum vel sororum liberi invicem sunt) avo etiam, quando soli existunt, in stirpes succedere, scriptum est. Respondetur enim diversam planè illorum rationem esse, cum nepotes filio forte uno decedente, statim ejus locum intrent, ejusq; personam repræsentent, adeoq; hoc jus semel ipsis legitime quæsitum, per obitum alterius filii, auferri aut mutari nequeat: facit quod etiam vivo avo quodammodo domini bonorum fuerint. *§. sin autem. vers. sed sui quidem. Inst. de hered. qualit. & differ.* adeq; decedente eo, non tàm dividere hereditatem, quàm liberam ejus administrationem consequi videantur. *l. in suis. 11. ff. de lib. & posthum. Schneid. d. c. n. 29. Vult. ad d. pr. o. 44. Don. 9. Comment. 4. ibiq. Hillig lit. H. Borch. de gradib. p. 2. Dn. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. 13.*

*c. 13. & 14. & recentiores magis communiter, teste Ant. Fabr. in Cod. suo. lib. 6. t. 33. def. 1. n. 8. Carpz. d. Const. 18. defin. 3.* Et hæc *Azonis* opinio etiam à Carol. V. in Comit. Spirensib. Ann. 1529. expressè confirmata est. *Mynſ. Cent. 3. obſ. 94.* Hinc in feudis quoq; hæc divisio in capita ex communiori Dd. opinione recepta est, ut videre licet apud *Jac. de Ardiz. c. 137. verſ. veruntamen. &c. Zaſ. p. 8. n. 18. Schenck. in c. ſequitur. §. hoc quoq. n. 4. de feud. ſucceſſ. 1. Feud. 8. Duaren. de feud. c. 11. n. 14. Schrad. p. 7. c. 7. n. 16. Roſenth. c. 7. concl. 56. n. 9. Dn. Rittersh. lib. 1. c. 16. q. 9. & ſeqq. aliquot. Mynſ. d. obſ. 94. in fin.* Atq; ita succedunt fratres & sorores legitimè nati, eorumq; liberi: ut & legitimati per subsequens matrimonium, quos tàm parentibus, quàm inter se succedere expeditum est. *arg. Nov. 117. c. 2. in fin. ibiq; Bart. Schneid. d. c. n. 36.* Per rescriptum autem vel oblationem curiæ legitimati parentibus tantùm, non agnatis aut cognatis succedunt. *arg. Nov. 74. c. 1. & Nov. 89. c. 9. Schneid. d. n. 37. in fin.* Idem dicendum de adoptivis fratribus, sive legitimis tantùm, durante videl. adoptione *l. in omni. 13. ff. de adopt.* Et si vel atrogati, *arg. l. qui in adoptionem. 23. in fin. ff. d. t.* vel ab ascendente adoptati fuerint. *§. ſed hodie 2. Inſt. eod. tit.* Nam ab extraneo adoptati sibi invicem non succedunt. *l. pen. §. 1. C. d. t.* Naturales quoq;, ut & Spurii à matre conjuncti (à patre enim tantùm conjuncti, cum nec agnati sint, nec cognati, successione nulla fruuntur, *§. pen. Inſt. de ſucceſſ. cognat.*) sive soli sint, sive cum legitimis & naturalibus concurrant, ad successionem admittuntur, *l. 2. l. 4. ff. unde cognat. Adde Carpz. p. 4. Const. 28. def. 6. & 7.* etiamsi mater illorum fortè illustris fuerit. Quamvis enim liberi illustri matri, si alii liberi extent, non succedant, *l. 5. ſupra tit. praced.* tamen id neq; ad matrem, ut ibidem dictum, neq; ad liberos ipsos porrigendum est, quos non obstante *d. textu* sibi invicem jure cognationis succedere omninò dicendum est. *d. §. pen. Inſt. de ſucceſſ. cognat.* Limitatur quoad Jus Saxon. quò nec legitime natus illegitimo, nec hic illi succedit. *lib. 1. Landrecht. art. 51.* Verum de consuetudine hoc jus nec in terris Saxonicis servari, sed secundum jus commune pronunciari solere, notat *Schneid. d. c. n. 46.*

 Ad

Ad Auth. Post fratres, fratrumq;. &c.

Ultimo loco, si neq; fratres ex uno latere, neq; liberi eorum adfuerint, reliqui agnati & cognati proximi ad successionem vocantur. *h. Auth. & d. Nov. 118. c. 3. §. 1.* Et 1. quidem non tantùm agnati, sed etiam cognati, sublata omni sexus & agnationis differentia, ita, ut si quis decedat, relictis patruis & avunculis, omnes æqualiter ad successionem vocentur. *h. Auth. & d. Nov. 118. c. 4.* 2. Sive ab uno, sive ab utroq; latere conjuncti sint; quoniam post fratres, eorumq; liberos, duplicitas vinculi non attenditur, *d. Auth. & d. Nov. 118. c. 3.* Unde si defunctus patruum utrinq;, & alterum uno latere conjunctum reliquit, uterq; conjunctus alterum non excludat, sed pariter admittuntur. *d. Nov. c. 3. Schneid. d. c. n. 34.* 3. non tantum ad decimum gradum, sed in infinitum hodie omnes, tàm cognati, quàm agnati, admittuntur. *§. caterum. 3. ibi: longissimo gradu. Inst. de legit. agnat. success. §. fin. Inst. de servil. cognat. l. 2. §. 1. ff. de suis & legit.* Quamvis enim olim cognati tantùm ad sextum gradum & ex septimo ex sobrino, sobrinovè nati succederent, *§. ult. Inst. de success. cognator.* tamen sublato hodie quoad successiones agnatorum & cognatorum discrimine, omnes in infinitum vocari dicendum videtur. *arg. d. Nov. 118. c. 4.* Non obstante *d. §. ult. de success. cognat. ubi agnati ad decimum gradum admittuntur, ibiq; Gloss. & Dd. communiter. teste Schneid. ad d. §. & ad tit. de hered. qub ab intest. defer. d. c. n. 38. Carpz. d. Const. 28. def. 31. n. 1.* Responderi enim potest, vel decimi gradus tantùm exempli causa ibi mentionem fieri, vel Justin. ibi non loqui determinativè, ut reliquos gradus excluderet; sed ut agnati, etsi 10. vel ulteriori gradu sint, admittantur; quod ex aliis textibus supra allegatis, supplendum est, ut longissimo gradu, & in infinitum succedant. *d. Nov. 118. c. 3. §. 1. ibi: omnes deinceps à latere. &c.* Cur enim propinquos etiam remotioris gradus non potius admittamus, quàm fiscum aliàs successurum? *arg. l. un. supra unde vir & ux. Forst. 3. de success. 10. Don. d. lib. 9. c. 4. Harpr. ad d. §. de success. cognat. & ad pr. de hereditatib. quæ ab intest. n. 472. Gothofr. Anton. d. Antivult. 2. th. 58. & seqq. Treutl. d. D. 16. th. 5. lit. H. ibiq; Bach.* Et hæc opinio etiam in feudis recipienda videtur, *per text. in c. vasall. si vasall. feud. pri-*

*privetur. 2. F. 31. & c. successionis de necess. success. feud. 2. F. 50.* Nec obstat *c. quia §. hoc quoq́. 1. F. 1. & c. sequitur. §. hoc quoq́. 1. de success. feud. 1. F. 8. ubi ad septimum gradum succedere dicuntur. Andr. de Isern. ad d. c. quia. n. 21. & 23. & ad c. de Marchia. n. 5. de feud. March. 1. F. 14. Bald. ad Auth. defuncto. n. 2. vers. sed feuda laicor. supra ad SCt. Tertull. & Dd. commun. Jas. in l. ult. n. 2. vers. quanto fallit. supra Unde legit. & agn. Hieron. Schurff. Cent. 1. Cons. 66.* Respondetur enim, olim quidem ita obtinuisse, ut collaterales tantùm ad septimum gradum admitterêtur, sed usu id paulatim immutatum, & hanc quoq; successionem in infinitum porrectam fuisse, *per textum in d. c. Vasalli 2. F. 21. & d. c. successionis. 2. F. 50. Guilhelm. Hanneton. lib. 2. de feud. c. 5. Duar. c. 11. n. 15.* Deinde non resistit *c. Imperialis. § satis bened. in fin. de prohib. feud. alien. per Lothar. 2. F. 52.* ex quo textu ita demum collaterales in infinitum succedere volunt, si hoc actum fuerit. *Jacob. de Bellov. ad d. §. satis bene.* Nam ut taceam, quod §. *iste ex capp. extraordinariis* desumtus & cum Jurisperiti cujusdam sit, perperam Constitutionibus Lotharii insertus fuerit, monente *Cujac. ad lib. 4. feud. tit. 93. Adde Hotom. ad d. c. Imperialis. 2. F. 52.* vel ad minimum verba ejus postrema: Si hoc actum erit, supposititia videantur, utpote quæ neq; in *capp. extra ord. 93. extant,* dici potest prædicta verba non ad successionem referenda esse, sed ad fratris defuncti investituram, quâ licet actum sit, ut fidelitas nulli anteposito præstetur, eaq; in infinitum porrecta, id tamen tanquam primæ investituræ contrarium fratri superstiti nihil præjudicare, quo minus ipse si velit, communem fidelitatem præstare possit. *Jan. ab Arcedur. tr. feud. c. 4. concl. 2. n. 46. Bocer. de success. feud. c. 5. q. pen.* Præterea argumentum *ex d. §. satis benè &c.* desumitur à contrario sensu, quod contra expressum textum & rationem juris nihil ponderis habere solet, per ea, quæ tradit *Everh. in Topic. loc. à contrar. io sensu.* Deniq; parum ad rem facit distinctio inter collaterales à primo adquirente descendentes, & alios, ut illi quidem ex novo jure in infinitum, reliqui verò ad septimum tantùm gradum succedant, *Alvar. & Schenck. ad d. c. quia. §. hoc quoq́. 1. F. 1. Curt. de feud. p. 3. membr. 2. n. 48. Nard. Liparul. in not. ad Andr. de Isern. d. c. quia. §. hoc quoq́. n. 20. lit. X.*

 Borch

*Borch. de feud. c. 7. p. 2. n. 93. & Feudistæ comm. teste Schneid. p. 6. n. 14. Gail. 2. obs. 150.* Respondetur enim, tàm jus antiquum, quàm novum de eodem feudi genere loqui, nec ullum distinctionis istius vestigium continere, ut ex collatione textuum supra allegatorum facilè patebit; descendentium autem à primo adquirente propterea mentionem fieri, quod hi soli ordinarie & regulariter succedant, non quod ratione termini & gradus ad quem porrigitur successio, differentia aliqua inter eos ponenda sit; cum præsertim utroq; casu eadem sit ratio, sive collaterales ex primo adquirente descendant, sive ex pacto admittantur. *arg. c. duo fratres. 2. F. 18. Adde Hartm. Pistoris. p. 2. q. 19. n. 26. & seqq. Vult. lib. 1. c. 9. n. 105. Rosenth. c. 7. concl. 59. n. 16. in fin.* Limitatur 1. ut proximi tantùm, non remotiores per jus repræsentationis admittantur: post fratres enim eorumq; liberos jus repræsentandi inter collaterales locum non habet, sed pares gradu pariter ad successionem vocantur, & propiores remotiores semper excludunt. *d. Auth. nr. & d. Nov. 118. c. 3. §. 1. Schneid. d. c. n. 31.* 2. Ut successio ista non in stirpes, sed in capita fiat, *d. Auth. nr. & d. Nov. 118. c. 3. §. 1.* quoniam cessante repræsentationis jure, & successionem in stirpes cessare, dicendum est, ut supra quoq; *ad præced. Auth.* attigimus. 3. quoad *jus Saxon.* quo duplicitas vinculi etiam ultra fratres vel sorores extenditur, & agnati utrinq; conjuncti, iis, qui ab uno tantùm latere conjuncti sunt, semper præferuntur. Quamvis enim nonnulli etiam hoc jure duplicitatem vinculi ad fratres sororesq; tantùm pertinere velint, *per Gloss.* in Landrecht. *lib. 1. art. 20.* tamen contrarium non tantùm generalitate textus *d. lib. 1. art. 3.* probatur, sed usu etiam & observātiâ fori receptum, est, ut testatur *Schneid. d. loco. n. 35. Matth. Wesemb. p. 1. Consil. 13. n. 55. Matth. Coler. p. 1. Dec. 49. n. 13. Carpz. in Jurispr. forens. p. 3. Const. 18. def. 21. n. 6. & seqq.* jure autem sive Statuto Noric. duplicitas ista vinculi ad patruos & avunculos, non ad remotiores collaterales porrigitur. *Reform. Noric. t. 35. l. 8. §.* So aber. *&c.* 4. Jure feudali discrimen inter agnatos & cognatos adhuc attenditur, ita ut agnati soli, exclusis cognatis, ad successionem feudi admittantur, *c. per successionem vers. ad cognatos de success. fratr. vel grad. succed. in feud. 2. F. 11. c. successionis.*

de

*de not. success. feud. 2. F. 50.* idq; partim favore familiarum, quas per agnatos, non cognatos conservari, constat, *l. JCtus. 10. §. cognati. 2. ff. de gradib, & affin. l. pronunciatio. 195. §. fin. ff. de V. S.* partim, quod cognati ex fœminis descendant, cujusmodi descendentes à successione feudi arceri expeditum est, *d. c. quia §. hoc autem. 1. F. 1. c. sequitur. §. fin. de success. feud. 1. F. 8.* 5. Deniq; limitatur hæc Auth. quoad bona damnatorum, ad quæ collaterales planè non admittuntur. *Nov. 134. c. ult.* Ad cujus limitationis intellectum sciendum est, jure antiquo, si damnato, aut vita, aut Civitas adempta, vel servilis condicio irrogata fuisset, simul bona publicata fuisse. *l. 1. pr. ff. de bon. damnat.* liberis tantùm dimidia eorum parte salvâ, *d. l. 1. §. fin. l. 7. ff. d. t. & l. quando. 10. C. eod. tit.* Jure verò novissimo à Justin. hoc mutatum & constitutum est, ut liberis, sivè descendentibus, vel etiam ascendentibus ad tertium gradum extantibus, bona amplius fisco non vindicentur, sed prædictis personis relinquantur, *d. Nov. 134. c. ult.* Nec obstat *Auth. bona damnatorum. C. d. t. de bon. proscript. sive damnat.* in qua non tantùm descendentibus & adscendentibus, sed etiam collateralibus ad tertium usq; gradum bona damnatorum deferenda esse apertè traditur, idq; *Gloss. & Dd. comm.* sequuntur, *teste Jul. Clar. 5. sent. §. fin. q. 78.* Respondetur enim *d. Auth. ab Irnerio* vitiosè conceptam esse, cum *d. Nov. 134. c. ult.* de collateralibus nullam planè mentionem faciat, sed descendentibus in infinitum, & ascendentibus ad tertium gradum bona damnatorum tantùm deferat, ut in ipso textu videri potest, & animadvertit quoq; *Clar. d. q. 79. n. 1.* Neq; juvatur communis opinio, per *Nov. 17. c. 12.* quoniam responderi potest, eam per *d. Nov. 134. c. ult.* vel correctam, vel certè declaratam esse, ut monet etiam *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 31. th. 7. lit. B.* Adde *Fachin. 1. controv. 35. & Regner. Sixtin. de regal. lib. 2. c. 12. n. 25. & seqq. aliquot.* Illud igitur hîc notandum, *per d. Auth. bona damnator. & d. Nov. 134. c. ult.* non indistinctè bonorum publicationem sublatam esse, sed iis tantùm casibus, quibus bona damnatorum in consequentiam confiscabantur. Nam in iis, quibus publicatio ipsi delicto principaliter imponitur, jus antiquum correctum non est, ut ex ipso textu haut obscure colligitur, qui apertè de iis tan-

tùm casibus conceptus est, quibus leges mortem aut proscriptionem definiunt, adeoq; tanquam correctorius extendendus non est. *Adde Clar. d. loco. & Trentl. d. th. 7. Cit. C. ibiq; Bach.*

## Ad L. si aut nullum. 4.

Nihil refert utrum testamentum factum non sit, an factum quidem, sed ipso jure vires non habeat, puta à pupillo conditum fuerit. Utroq; enim casu successioni ab intestato locus fit, ut supra *ad rubr. de suis & legit. liber. &c.* etiam monuimus; ita ut non tantùm per bonorum possessionem, sed etiam citra eam legitimo jure ad bona defuncti venire agnati possint. *h. l. nr. Adde, quæ supra ad l. 3. ad SCt. Orfit. dicta sunt.*

## Ad L. Ad intestati. 5.

Notum est ex LL. 12. tabb. agnatos tantùm, exclusis cognatis, admissos, cognatos verò demum à Prætore agnatis nullis extantibus, vocatos fuisse. *pr. Inst. de success. cognat.* Unde *Impp. Dioclet. & Maxim.* ad intestati successionem venientes, agnationis quam proximitatis jure potiores haberi meritò rescripserunt, *h. l. nr.* Ex quo textu verbum proximitatis licet alias generale, nonnunquam ad speciem restringi, & pro jure cognationis naturalis poni, rectè notat *Clar. Dn. Rittersh. ad Nov. p. 7. c. 3. n. 6.* Verùm legis hujus dispositio hodie correcta, & omnis differentia inter agnationem & cognationem à Justin. sublata est, in *Nov. 118. c. 3. & 4. & Auth. praced. h. t. nr.*

## Ad L. Defunctis. 6.

Si fortè quis decedat relictis liberis suis, heredibus, & fratre consanguineo, sui autem heredes vel abstinuerint vel repudiaverint hereditatem, fratrem jure consanguinitatis succedere posse, rescribunt iidem *Impp. Dioclet. & Maxim. h. l. nr.* Dubitandi ratio est. 1. quod sui heredes ex *lege 12. tabb.* ipso jure heredes sint, adeoq; omnes alios, etiam agnatos, à successione excludant, *arg. l. 1. sciendum. 8. ff. de suis & legit. hered.* Deinde quod nec nepos defuncto filio ad avi hereditatem jure Civili venire possit, sed tantùm

tùm per beneficium bonorum possessionis unde liberi, facultates consequatur, *l. ult. C. unde liberi.* Sed decidendi ratio est, quoniam in agnatis sive collateralibus etiam jure Civili, hodie est successio, ut patet ex §. *placebat. 7. Inst. de legit. agnat. success.* Nec obstat 1. dubitandi ratio, quoniam respondetur, *textum h.l.* procedere quando suus abstinuit jure Civili, puta quando erat institutus sub condicione, si voluerit, vel habebat coheredem extraneum, vel substitutum vulgarem : quibus casibus cessat etiam jure Civili Suitas. *arg. d. l. 1. §. 8. ff. de suis & legit.* vel quando pater liberis extra testamentum abstinendi licentiam dederit, *Bald. ad h. l. nr.* Verùm prior responsio *ex d. l. §. 8.* huc accommodari vix potest, utpotè cum ea ad successionem ex testamento pertineat, hic autem de successione abintestato satis apertè sermo fit: posterior verò in divinatione consistere, & textum generalem nimis restringere videtur. Dicendum igitur etiamsi suus jure Prætorio abstinuerit, tamen omnem Suitatis effectum tolli, ut jure sui heredis non obstante, frater jure consanguinitatis admitti possit. *Bald. ad d. h. l. in fin. Add. l. ult. supra unde liberi,* quod attinet, expeditum est, eam non de collateralibus, sed de descendẽtibus & suis heredibus loqui, quando videlicet nepos defuncto filio, avi hereditatem repudiata paterna, adire cupit, ut ex ipso textu facilè colligitur. Sed hîc difficultas existit, quâ ratione ergò Prætor nepoti, per bonorum possessionem unde liberi, consulat, cum potentiâ suitatis & existentiæ ad heredes quoscunq; transmissa esse hereditas, adeoq; nepoti, qui se patris heredem negat, aditus ad avi hereditatem patere non videatur. Responderi potest vel cum *Jason. ad d. l. ult. supra unde liberi.* Prætorem illam transmissionem meri & summi juris non attendere, sed perinde habere, ac si filius avo ipso jure heres non extitisset; proindeq; nepoti ex æquitate bonorum possessionem concedere; vel dicendum, nepotem etiamsi beneficio Prętoris abstineat, potestate tamẽ juris heredem existere, ut ex ratione juris Civilis avi hereditas ad alium transmitti non potuerit. Adde *d. l. ult. supra unde liberi. Fachin. 6. controv. 66. n. 67.* Illud hîc omittendum non est, labi in eo *Bart. ad h. l. nr. & d. l. ult. und. liber.* dum existimat, hujus textus authoritate probari *Gloss.* opinionem, ut in Suis quoq; edictum

suc-

succesforium locum habere possit, & nepos etiam jure Civili saltem ut agnatus ad successionem avi admitti. Nam hæc l. ut ex jam dictis patet, non de descendentibus, sed collateralibus concepta est, inter quos successionem etiam Jure Civili locum habere, patet *ex d. §. 7. Inst. de legit. agnat. success.* qui inter suos non esse, testatur *Ulp. d. l. §. 8. ff. de suis & legit.* Deinde jure Civili sine herede non est, qui suum heredem licet abstinentem habet, neq; duo in solidum hoc jure heredes esse possunt, consequenter, ubi pater ipso jure heres avo extitit, nepos jure civili eidem heres effici non potest, ut post Ultramontanos docet *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 16. th. 1. lit. G.* Nec movet, quod Bart. etiam Jure Civili duos heredes in solidum, unum nude & directè; alterû effectu & utiliter esse posse contendat, *per §. restituta. 3. Inst. de fideicom. hered. & l. 1. §. si quis. 10. ff. ad SCt. Tertyll.* Responderi enim potest, *in d. §. 3.* de SCto Trebelliano sermonem esse, quo inductum, ut hereditate ex fideicomm. restituta, heres quidem directo maneat; sed omnes actiones hereditariæ in fideicommissarium transeant. *§. seqq. d. t.* quod tanquam singulariter contra rationem juris antiqui per se tantùm (quod pars juris Civilis est) constitutum ad alios casus facilè porrigendum non est. In *d. v. l. 1. §. 10. ad SCt. Tertull.* de restitutione in integrum agitur, ut si forte is, qui matris hereditatem adiverit, per restitutionem in integrum abstentus sit, jus antiquum, sive legis 12. tabb. locum habeat, & agnatus proximus succedere possit, quo casu duo heres simul jure Civili non sunt, sed per restitutionem in integrum re in pristinum statum posita, is qui adiverat, heres nunquam fuisse, intelligitur. Adde *Bach. d. loco.*

## Ad L. patruo. 7.

Vulgata est & nota quoad collaterales juris regula, quod pares in gradu, pariter admittantur. *§. si plures. 5. Inst. de legit. agnat. success. Nov. 118. c. 3. §. 1.* Sed ea in eodem ordine agnatorum vel cognatorum tantùm obtinet; quoniam aliàs agnati etiam longissimi gradus cognatos priores excludunt, *pr. Inst. d. t.* Hic licet patruus & matertera eodem gradu tertio constituti sint, pariter tamen intestati successio iis non defertur, sed patris frater agnationis

Jure,

*Jure*, Sorori matris, anteponitur. *h. l. nr.* Quod à *Justin.* correctum est, & cognati cum agnatis æqualiter ad successionem vocati sunt. *Auth. post fratres eorumq; liberos supra h. t.*

## Ad L. Si his. 8.

Eum, qui ab hostibus capitur servum fieri, expeditum est. *§. si ab hostibus. 5. Inst. Quib. mod. jus patr. potestat. solvit.* adeoq; heredem neq; ex testamento, neq; ab intestato habere posse, *arg. l. qui testamento. 7. §. servus. 7. ff. qui test. fac. poss. Inst. de servil. cognat.* Quod si verò apud hostes decesserit, valet testamentum, si quod antea in civitate fecerat. *§. ult. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam.* & agnati tàm jure Civili, quàm Prætorio bona intestati vindicare non prohibentur. *h. l. nr.* Ratio est, quoniam lex Cornelia fingit captum, & apud hostes mortuum, statim ipso captivitatis momento, vel potius in prælio, adeoq; adhuc liberum decessisse. *l. lege Cornelia. 12. ff. d. t. qui testam. fa . poss.* Quando autem & à quo hæc lex Cornelia lata sit, non satis expeditum est. *Nam Vigl. Zuich. ad d. §. ult. n. 6. & 7.* tempore primi belli punici à Scipione aliquo (cum & Scipionum gens Cornelia diceretur) promulgatam fuisse. autumant Quod posterius improbat *Bach. ad d. §. ult.* Fortè non improbabiliter dici potest, à L. Corn. Sylla latam esse, quem plures leges, & inter eas etiam unam, de falso in testamentis commisso, tulisse constat, *ex l. 1. & tot. t. ff. ad l. Corn. de fals.* Adde *Calvin. in append. Lexic. de legibus Romanorum.*

## Ad L. In successione. 9.

Si in successione cum avo vel avia materna concurrat soror, eam potiorem haberi non ambigitur. *h. l. nr.* Quod de sorore germana & sanguinea, tanquam agnatis, expeditum est, de quibus solis etiam hunc textum accipiunt, *Gloss. & Bart. ad h. l. nr.* Sed fortassis de uterina idem habendum, quam, dum cum matre ad successionem à Justin. admittitur *in l. ult. supra ad SCtum Tertyll.* avum vel aviam excludere dicendum videtur. Hodie ascendentes omnes (solis germanis sororibus & fratribus exclusis, qui cum ipsis vo-

cantur) fratribus & sororibus præferuntur. *Nov. 118. c. 2. Auth. defuncto. supra* d. *l.* ad *SCt. Tertyll.*

## Ad L. sciant. 10.

Pupillis tutores non habentibus, quidam voluntate sua tutores petunt, ut affines, amici & cognati, quidam ex necessitate, ut mater, liberti & agnati, qui ad successionem vocantur, *l. 1. & 2. ff. qui pet. tut. & h. l. nr.* Quod si autem id facere neglexerint, liberti quidem castigantur. *d. l. 2. §. 1. in fin.* reliqui verò ab hereditate pupilli repelluntur, sive ea ab intestato, sive jure substitutionis delata fuerit. *h. l. nr.* Limitatur, ut locum habeat in agnatis, non cognatis, qui ut ad hereditatem legitimam non vocantur, ita nec tutorem petere necesse habent. *d. l. 2. §. 1.* Jure videl. Codicis: nam jure Novell. sublata agnatorum & cognatorum quoad successionem legitimam & tutelam differentia, etiam cognati sub pœna amissionis petere debent. *arg. d. Nov. 118. c. 4. Gloss. ad d. l. nr. ff. qui pet. tutor.* Deinde ut procedat in hereditatibus, non in legatis, quæ ob non petitum tutorem non amittuntur. *arg. l. post legatum. 5. §. amittere. 2. ff. de his, quæ ut indign. aufer.* Nec obstat *l. pen. in fin. supra de legat.* quoniam in iis terminis loquitur, quando alicui propter tutelam gerendam aliquid legatum est. Deniq; ut hereditas amissa non fisco vindicetur, sed pupillo, cujus utilitates desertæ sunt, relinquatur. *d. l. §. 2. in fin. ff. de his, qui ut indign.* De aliquibus limitationibus *h. l.* videri possũt ea, quæ supra *ad l. si matres. 3. ad SCt. Tertyll.* à nobis dicta sunt.

## Ad L. si ab eo. 11.

Inter modos capitis deminutionis minimæ, refertur etiam emancipatio. *§. minima. 3. Inst. de cap. deminut.* qua filiifam. à potestate patria liberantur. *§. præterea. 6. Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Ea triplex est: legitima, Anastasiana, & Justinianea. *d. §. 6.* Prima legibus 12. tabb. constituta per tres imaginarias venditiones, & totidem manumissiones expediri solebat, de qua videri potest *Ulp. in fragm.* t. *10. Caj. 1. Inst. 6. & Theoph. ad d. §. 6. Quib. mod. jus patr. pot. solv.* Secunda constitutione Anastasii, *in l. pen. supra de emanc.*

*emanc. liber. inducta*, sublatis istis ambagibus & solennitatibus, rescripto Pr. perficitur. *d. l. pen. & h. l. nr.* Tertia à Justiniano introducta, ne Principis quidem rescriptô indiget, sed patri Magistratum conpetentem adire, & coram eo liberos suos de manu suâ dimittere concessũ est. *l. ult. supra d. t. de emanc. liber.* Scriptura tamen, sive actis intervenientibus, ut colligitur *ex l. 4. d. t. & l. pen. intr. de adopt.* Quocunq; autem modo facta fuerit emancipatio, capitis deminutionem etiam hodie adhuc esse, verius videtur, per text. *in d. §. 3. Inst. de cap. diminut.* qui *propter d. §. 6. quib. mod. jus patr. potest. solv.* ad jus antiquum commodè referri nequit. Nec movet, quod imaginariæ istæ venditiones & manumissiones, quas sublatas constat, capitis deminutionem induxerint, *l. 3. §. 1. ff. de cap. minut Ant. Govean. 1. var. lect. 26. Vacon. à Vacun. Decl. 16. n. 11. Don. 6. Comm. 16. ibiq. Hilliger. lit. N. Wesemb. in π. ff. de cap. minut. n. 9. in fin.* Nam ut taceam, quod re semel perfecte constituta, & causa deficiente ea adhuc durare soleat, vera & principalis minimæ capitis deminutionis causa esse videtur, ipsa potestatis & familiæ mutatio, *d. §. 3. in fin. & d. l. 3. in pr. ff. de cap. minut.* quam hodie etiam contingere, & emancipatum tam patri, quàm agnatis extraneum fieri expeditum est, *§. cæterum. 3. Inst. de hered. qual. & & differ. §. emancipat. 9. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. Adde Ant. Fabr. in Jurispr. Pap. ad tit. de cap. deminut. pr. 1. illat. 4. & 9.* Effectus hujus capitis deminutionis erant varii, inprimis quoad successiones & tutelas legitimas, ad quas emancipati, tanquam cognati, non admittebantur, ut apparet ex *tit. Inst. de legit. agnat. success. & de legit. agnator. tutel.* Verum Anastas. primum ad successionem fratres emancipatos, si hoc impetratum à Pr. fuisset, æque ac legitimos, *h. l. nr.* deinde etiam ad tutelam & curationem admisit, *l. frater. 4. C. de legit. tutel. l. ne lucrum. 5. C. de Curat. furios. vel prodig.* Quod Justin. ad fratrum & sororum liberos quoq; porrexit, *in l. ult. §. cum autem. 3. intr. h. t.* Tandem omni agnationis & cognationis differentiâ sublata, omnes gradu proximos, sive agnati, sive cognati fuerint, ad successionem & tutelam legitimam vocavit. *d. Auth.* post fratres, *supra. h. t. & d. Nov. 118. c. 3. §. 1. & c. 4.*



Ad

## Ad L. Si major. 12.

Lege Papia Poppæa (sub August. M. Papio Mutilo, & Q. Poppæo Secundo COSS. lata) cautum erat, ne viri sexagenarii, vel mulieres quinquagenariæ cum minoribus ista ætate nuptias contraherent, ut notat *Hotom. in libell. de legib. Populi Roman. verb.* Papia Poppæa. Verum Justinian. hanc legem correxit, & Sexagenariis etiam, ac quinquagenariis legitimas nuptias contrahere permisit, *l. sancimus. 27. supra de nupt.* & consequenter, si fortè mulier quinquagenaria partum ediderit, eum patri suo, tanquam legitimam sobolem succedere constituit, *h. l. nr.* Exemplum illustre partus quinquagenariæ in Constantia regni Neapolitani herede, quæ major quinquagenaria ex monasterio extracta Henrico V. Imp. nubsit, & postea Panormi publica in platea, sub Papilione, in conspectu mulierum illustrium peperit, ut ex *Ant. Florent. & Paul. Æmyl. refert. Henning. Arnis. de jure Connub. c. 2. Sect. 4. n. 13. & Gothofr. ad h. l. nr.* Nec obstat, quod hujusmodi partus mirabilius inveniatur, & raro contingat, ut fatetur *Imp. h. l. nr.* adeoq; de eo jus constitui non debuerit, *l. 3. & trib. seqq. ff. de legib.* Respondetur enim quædam raro, sed naturaliter tamen contingere, ut si insula in mari nascatur, si tergemini nascantur, si mulier, quæ annum quinquagesimum excessit, pariat, *& l. adeo 7. §. insula. 3. ff. de adquir. rer. domin. l. antiqui. 3. ff. si pars hæred. petat. & h. l. nr.* de his omninò leges ferendæ sunt, *d. h. l. nr.* quædam verò miraculosè & supernaturaliter, ut si mortuus resuscitetur; & de ejusmodi casibus jura constitui non solent, secundum *d. l. 3. & seqq. de legib. Bart. & Dd. ad h. l. nr. Coras. ad l. 4. ff. de legib. n. 3.*

## Ad L. De emancipatis. 13.

Si quis emancipatus decesserit, relicto patre, & fratribus vel sororibus, fortè germanis & consanguineis pater succedit in usufr. fratres verò in dominio sive proprietate, ita tamen, ut in maternis bonis germani consanguineis præferantur, *h. t. nr.* Ratio dubitandi est, quod ad patrem ex contracta fiducia bona omnia pertinere videantur, *arg. § ult. Inst. de legit. agnat. success. l. 3. supra ad SCt. Tertyll.* Sed decidendi in ipso textu ponitur, quod votum

paren

parentis sit, bona sua ad alios liberos suos pervenire: quippe liberis parentum hereditas, propter votum eorum, & naturalem erga liberos charitatem debetur, *l. nam etiamsi. 15. pr. ff. de inoffic. testam. l. si scripto. 7. §. 1. ff. si tabb. testam. null. ex tab. und. liber. l. cum ratio. 7. ff. de bonor. damnat.* Nec obstat dubitandi ratio, quoniam procedit, quando pater solus superest, aut cum matre sola concurrit, ut patet *ex d. §. ult. de legit. agnat. success. & d. l. 3. supra ad SCt. Tertyll.* Procedit autem hujus l. dispositio, indistinctè, sive pater priorem torum servaverit, sive ad secundas nuptias migraverit, sive filius per sacrum oraculum, secundum Constitutionem Anastasii, emancipatus, sive alio modo à sacris paternis absolutus fuerit, *h. l. nr.* quoniam hodie quævis emancipatio contracta fiducia fieri intelligitur. *d. §. ult.* & jura successionis fratribus integra servantur, *l. 11. supra h. t.* Verum hæc l. hodie correcta est, & post liberos, parentes cum fratribus utrinq; conjunctis, æqualiter ad successionem vocantur. *Auth. cessante. supra h. t. Nov. 118. c. 1.* Ex qua textus explicatione, facilè colligitur, frustra *Bart. Bald. & alios* distinctionem bonorum inferre, ut consanguinei fratres in paternis, uterini in maternis, in reliquis bonis aliundè quæsitis omnes æqualiter succedant, *ut supra quoq; ad Auth. post fratres autem supra h. t.* monuimus.

## Ad L. leg. 12. tabb. 14.

De successione fœminarum agnatarum, tria diversa jura hîc proponuntur. 1. *legis 12. tabb.* quo non tantùm Sorores, sed omnes agnatæ fœminæ æquè ac masculi ad successionem vocantur. 2. Posteritatis, sive mediæ Jurisprudentiæ, ut Imper. appellat, *in §. caterum. 3. vers. media autem. Inst. de legit. agnat. success.* quo masculi quidem ad fœminarum hereditates, ex fœminis vero tantùm Sorores jure consanguinitatis ad masculorum successiones admittuntur. 3. à Justin. Constitutum, quo *Lex 12. tabb.* in usum revocatur, & omnes fœminæ agnatæ æquè ac masculi ad hereditates legitimas secundum gradus prærogativam vocantur. *h. l. nr. & d. §. 3. vers. ideo nos. de legit. agnat. success.* Ratio hujus juris est, quoniam fœminæ perinde agnationis jura habent, ac masculi, nec ulla sufficiens differentiæ ratio inter sorores & reliquas agnatas fœminas, dari

 posse

posse videtur. *d. §. 3. & h. pr. nr.* Rationes autem medii juris, sive mediæ Jurisprudentiæ (quæ inter *leges 12. tabb. & Impp.* tempora intercessit) tres potissimum afferri possunt. 1. quoniam reliquæ agnatæ fœminæ ultra sorores consanguinearum numero non sint. *l. 1. §. pen. & ult. ff. de suis & legit.* 2. quia alienæ familiæ liberos pariant. *l. familiæ. 196. §. 1. ff. de V. S.* & 3. deniq;, quod æquissimum sit, plus tribui masculis, à quibus foris domiq; bello & in pace administretur Respubl. cujus etiam intersit, non insolescere divitiis impotentem sexum, ut notat *Hotom. & Bach. ad d. §. 3. Inst. de legit. agnat. success.* Verùm ad priores duas facilis est responsio, videlicet, quamvis non agnationis, cognationis tamē jura, etiā reliquas agnatas fœminas habere, ideoq; non minus ac agnatos masculos ad successionem admittendas esse. *l. 2. ff. d. t.* & licet alienæ familiæ liberos procreēt, idē tamen etiā in sororibus accidere, quibus propterea jus successionis legitimæ denegatum nō sit. Ad tertiam dici potest, prærogativam istam masculorum non satis rectè ad privata successionum jura, & quidem cum insigni fœminarum agnatarum injuria referri, sed ad publica officia, & digna meritis præmia pertinere, quorum respectu meritò plus masculis, quàm fœminis tribuendum est. Deinde & in sororibus, sive fœminis consanguineis eadem insolentia metuenda est: quæ tamen cum accidentaria sit, neq; his, neq; illis nocere casq; à legitima hereditate excludere debet. Unde *Bach. ad §. §. 3. de legit. agnat. success. Imp. nr.* propter correctionem hanc, ineptiæ arguere, & omnes qui judicio illius acquiescunt, homini uxorio similes pronunciare non debuit.

## Ad §. in his igitur. r.

Non contentus Imper. agnatas fœminas omnes ad legitimam successionem vocasse, hic etiam unum gradum cognatorum inter legitimos heredes ponit, & sororum, sive germanæ sint, sive consanguineæ, sive etiam uterinæ, liberos solos existentes, ad hereditates patruorum vel avunculorum admittit, *h. §. nr. & §. hoc etiam. 4. Inst. d. t. de legit. agnat. success.* Quod ipsum quoq; *Bach. ad §. 4.* vel Theodoræ Imperatrici, vel Triboniani facilitati aut levitati in condendis novis legibus acceptum ferendum putat. Verùm procul-

dubio

dubio Justin. in successionibus privatorum ad naturalem potius cognationis rationem, quàm ad Civilia agnationis Jura respiciendum existimavit. Unde postmodum *d. Nov. 118. c. 3.* sublato agnationis & cognatis quoad successiones & tutelas discrimine, omnes cognatos pariter cum adgnatis admisit, ut supra jam aliquoties, inprimis *ad Auth. post fratres fratrumq. h. t.* monuimus. Hîc dubitari potest, si fortè statuto cautum reperiatur, ut agnati usq; ad quartum gradum, præferantur cognatis, an liberi sororum agnatorum appellatione veniant, & cognatos quoq; excludant? Et ratio dubitandi est, *in h. t. nr.* ubi iis jura agnationis tribuuntur, & cognatis præferuntur. Sed decidendi ratio est, quod propriè agnati non sint, quippe per virilis sexus cognationem minimè conjuncti, *§. 1. Inst. de legit. agnat. tut. & §. 1. Inst. de legit. agnat. success.* adeoq; in statutis, quorum verba propriè accipienda sunt, agnatorum appellatione non veniant, ut notat *Joh. Petr. de Ferrar. in Practic. sub form. libell. pro hereditate ab intest. de verb. nullisq; superstitibus. n. 28. Bald. ad h. l. nr.* Nec obstat, quod Statuta in dubio secundum jus commune intelligenda sint, *arg. l. 2. C. de noxal. act. Wesemb. in pr. ff. de jur. dot. n. ult.* Respondetur enim, id de jure communi ordinariè disponente procedere, non autem extraordinariè: quemadmodum hoc casu lex extra ordinē disponit, ut personæ, quæ agnatæ non sunt, jure agnationis æqualiter ad successionem admittantur, ut monet *Alex. ad Bart. ad h. l. nr.* Deinde generalia tantùm statuta declarationem à jure communi recipiunt, quæ verò in specie jure communi derogant, simpliciter & ad literam accipienda sunt, ut post *Bald. Alex. & alios. notat Gail. 7. obs. 33. n. 3.*

## Ad Vers. fin. si qui autem. &c.

Juris Civilis vox & quasi carmen proverbiale est, legem futuris negociis poni. *l. leges. 7. C. de legib. cum similib. ibi notatis.* Unde in plurimis legibus & constitutionibus hæc clausula expresse adjecta est, veluti in *l. fin. supra de suis & legit. h. l. nr. & l. seq. §. ult. l. un. §. pen. supra de caduc. toll. Nov. 7. Nov. 22. Nov. 85. & Nov. 111.* Neq; obstat, quod leges de factis, quæ utiq; præterita, & cognita esse oportet, ferri soleant, sive, ut *Tiber. apud Tac. 1. Annal.* loquitur,

in facta leges constitui. Respondetur enim distinguendo, inter ipsa negocia, de quibus leges feruntur, & tempus, à quo leges valere incipiunt: illa semper præterita sunt, ut certa cognitaq;, cum de incertis & incognitis, quæ nunquam cõtigerunt, leges condi nequeant: quemadmodum Solon in legibus suis parricidio nullam pœnam statuit, quoniam non existimavit, in quenquam tantum scelus cadere posse, referente *Laert. in ejus vita.* Ad posterius verò, sive potestatem & authoritatem legis quod attinet, ea ad futuros casus tantùm pertinet. Nam qui ante novam legem contigerunt, sive jam in judicio pendeant, sive in judicium nondum deducti sint secundum veteres leges omninò decidi debent. *d. §. pen. de caduc. toll. h. §. nr. & l. seq. §. ult. h. t. nr.* Nisi forte nominatim & diserte de casu aliquo præterito in nova lege cautum sit, *d. l. 7. C. de legib. judic. l. sancimus. 20. in fin. supra de SS. Eccles. & Nov. 19. Gloss. & Gothofr. ad d. l. 7. supra de LL.*

## Ad L. Ult.

*ad pr. & §. 1.* Hæc lex non tantùm præcedentis legis summam repetit, eamq; in suo robore permanere jubet, sed etiam in sequentibus nova quædam capita in successione collateralium sive legitimorum addit. Et 1. quidem Juris Prætorii & Constitutionis Anastasianæ (quæ in Cod. nostro extare non videtur) imperfectionem supplet, ut cum illo jure filii emancipati ad successionem patris, una cum aliis liberis, non etiam ad fratrum vel sororum vocarentum; hoc verò cum deminutione quadam admitterentur, hodie tàm patri, quàm fratribus & sororibus, sive emancipatis, sive in potestate constitutis, æquo jure succedant: quoniam in successionibus non tàm Civilis Juris subtilitas (quâ emancipatos capite etiam hodie minui, *supra ad l. 11.* monuimus) quàm naturalis cognationis proximitas attendenda videtur. *§. 1. h. l. nr.* Hîc *Bart.* quæstionem attingit: an hodiè testamentum, quo pater filium emancipatum heredem instituit, nepote ex eo in potestate præterito, ipso jure subsistat, an verò propter præteritionem nepotis vitietur. Et *Gloss.* quidem ad *l. Gallus. 29. §. & quidem si 5. ff. de lib. & posthum.* vitiosum esse contendit, tanquam suo herede præterito.

*arg.*

*Arg. pr. Inst. de exhered. lib. Bart. verò hîc, & ad d.l. Gallus. §. & quid si 5.n.8.* contrarium tenet, videl. testamentum valere, per textum hujus legis nostræ, ubi emancipatos parentibus ad similitudinem suorum succedere constitutum est. Verum aliud est, similem esse emancipatum suo heredi, aliud suum heredem esse, cùm nullum simile idem sit, ut notat *Bald. ad h. l. nr.* ut taceam, quod non videatur hîc Justin. emancipatum suis heredibus præferre, sed tantùm cum iis ad similitudinem suorum etiam Jure Civili vocare voluisse. Nihilominus à Bart. opinione recedendum non videtur, *per textum in Nov. 118. c. 1.* ubi inter suos & emancipatos omnis sublata differentia est, non tàm in successione ab intestato, de quo casu textus *Nov.* loquitur, sed etiam si testamentum factum sit, cum hodie parens æquè emancipatum, ac in potestate constitutum filiũ heredem instituere necesse habeat, per textum in *Nov. 115. c. 3. pr.*

## Ad §. Nec fratrem. 2.

Lege *præced. §. in his igitur 1.* fratrum & sororum etiam uterinarum liberos ad successionem legitimam vocavit, adeoq; unum tantummodo gradum cognationis ad jus legitimum transtulit *Imperator, §. hoc etiam. 4. Inst. de legit. agnat. success.* Hîc etiam alium gradum addit, & sororem uterinam una cum consanguineis ad hereditatem admittit, ex hac ratione, quod æquè ac consanguineæ sorores secundo gradu constitutæ sint, adeoq; meritò absq; differentia aliqua ad successionem vocari debeant. Atq; ita hoc *textu d. l. præced. & d. §. 4. de legit. agnat. success.* hactenus derogatur, ut hodie non unus tantùm, sed duo gradus ex cognatione ad legitimas hereditates vocentur, ut notat *Eguin. Bar. ad d. §. 4.* Undè tamen frustrà vulgo generalem correctionem inferre conantur, quasi leges Codicis posteriores, imprimis à Justin. editæ, non tantùm legibus Digestorum, sed etiam anterioribus Constitutionibus derogare intelligantur. Nam id Justin. menti convenire non videtur, utpote qui nullam pugnam, adeoq; nec correctionem in legibus suis, sed summam convenientiam & consensum extare voluit. *l. 2. §. contrarium supra de. jur. vet. enucl.* Excipienda tamen eæ Constitutiones Justin. quæ post confectionem Digestorum eodem videl.

Anno, quo Codex repetitæ prælectionis, editæ sunt, has enim, tanquam posteriores, legibus prioribus nonnihil derogare omninò fatendum est, ut patet ex hac lege nostra, quæ & ipsa eodem anno, quo Codex, edita *d. §. 4. Inst. de legit. agnat. succ. & §. qua parte 1. Inst. de success. cognator.* corrigere vel certè dd. textib. aliquid addere, satis expeditum est. *Giph. in præfat. spec. ad Cod. Franc. Grat. de Garzator. de concl. leg. Digest. & C. n. 4. Adde Bach. ad d. §. 1 Inst. de success. cognat.*

## Ad §. Cum autem 3.

Quod præced. §. de secundo transversalium gradu constitutum est, id hic ad tertiũ quoq; porrigitur, ut in eo constituti, sive emancipati sive in familia retenti, sive agnati sive cognati fuerint, æqualiter ad successionem vocentur, puta fratrum sororumq; etiam uterinarum vel emancipatarum liberi, *h. §. nr. per quem textum §. 1. Inst. de success. cognator.* quo liberi fratrum emancipatorum excludebantur, derogatum esse, supra monuimus. Novissimo autem jure quid hac in parte obtineat, patet ex iis, *quæ supra ad Auth. post fratres.* à nobis dicta sunt.

## Ad vers. Successionis,

Ex lege 12. tabb. in ordine agnatorum successioni locus non erat, sed nemine ex primo gradu adeunte, ad sequentem gradum non transmittebatur hereditas, verb. grat. Si frater ante aditam hereditatem decederet, vel hereditati renunciaret, fratris filius non admittebatur, quoniam omnis hereditas deferebatur proximo, qui mortis ejus de cujus hereditate agitur, tempore, proximum gradum obtinebat. *§. si plures. 5. & §. proximus. 6. Inst. de legit. agnator. success.* qualem fratris filium vivo fratre non esse, expeditum est. Prætores autem naturali æquitate moti, id quod *legib. 12. tabb.* deerat, corrigere conati sunt, dum agnatos illos *per l. 12. tabb.* exclusos, ad bonorum possessionem unde cognati vocarent. *§. placebat. 7. Inst. de legit. agnat. success.* Verùm Justin. & hoc jus, tanquam imperfectum (quippe agnatos istos demum post propiores cognatos vocans

vocans) ad perfectionem deduxit, & inter agnatos etiam successioni locum esse voluit, in constitutione quadam Græca, quàm *Cujac.*restituit, *lib. 20. obs. 14. & d. §. 7. Inst. de legit. agnat. success.* Imò etiam inter eos, quos ipse *h. l. §. 2. & 3.* ad successionem legitimam vocavit, ut si fortè ii, qui secundo gradu constituti sunt, hereditati renuncient, ex tertio gradu, licet agnati non sint, ad successionem admittantur. *h. vers. nostro.*

## Ad §. Quas autem. 4.

Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, ut ait Scævola *in l. 73. pr. ff. de R. J.* Id est, ad quem ex lege pertinet hereditas, eidem & tutela legitima deferenda est. *pr. Inst. de legit. parent. tut.* Hinc *Justin.* constituit, ut ad eos quoq;, quos ipse ex ordine cognatorum inter agnatos ad successionem vocavit, legitima tutela devolveretur, *h. §. nr.* Idq; postmodum ad omnes cognatos extendit, ut quemadmodum hodie æquè ac agnati, secundum gradus prærogativam, ad successionem vocantur. *Nov. 118. c. 3. & 4.* ita etiam tutelæ supponi debeant. *d. Nov. 118. c. 5.* ut qui successionis lucrum sentiunt, etiam gravamini tutelæ subjiciantur *d. h. §. nr. d. t. Inst. de legit. patron. tutel.* quippe secundum naturam est, ut incommoda cujusq; rei cùm sequantur, quem incommoda sequuntur, *l. 10. ff. d. t. de R. J.* Excipiuntur tamen fœminæ, quæ licet ad hereditatem legitimam vocentur, ad tutelam tamen non admittuntur. *d. l. 73. pr. de R. J. d. t. de legit. patron. tut. & h. §. nr.* quoniam tutela virile munus est, & ultra sexum fœmineæ infirmitatis, *l. tutela. 16. l. fin. ff. de tutel. l. 1. quand. mul. tut. offic. fung. pot.* Nisi mater aut avia fuerit, quæ jure novissimo ad tutelam vocantur, & reliquis cognatis præferuntur, si modò secundis nuptiis, & SCto Vellejano renunciaverint. *d. Nov. 118. c. 5.* Deinde excipiuntur ii, qui perfectæ ætatis non sunt, sive minoris 25. annis. *d. h. §. nr.* Hi enim licet olim ipso jure legitimi tutores existerent, hodie tamen ab eadem immunes sunt, ita, ut nec excusatione quidem opus habeant, cum incivile sit, eos, qui alieno auxilio in rebus suis egere noscantur, aliorum tutelam vel curam subire. *§. item major. 13. Inst. excusat. tut. vel curat. l. ult. C. de legit. tutor.*

Ad §. Ult.

Leges ad futura negocia referendas esse, patet ex iis, quæ ad *fin. praced. l.* diximus. Huic consequens est, casus præteritos, qui per judicialem sententiam, vel amicabilem transactionem, sopiti sunt, per hanc legem retractari non posse. *h.* §. *nr.* Causas enim vel lites judiciali sententia decisas, aut transactionibus legitimis finitas, rescindi aut restaurari non oportet, *l. 1. & l. ult. C. sent. rescind. non poss. l. causas. 16. supra de transaction.*

## AD TIT. LVIII.

### Communia de Successionibus.

NOn est novum in jure nostro, ut propositis & explicatis speciebus, generalis tractatio subjiciatur, uti videre est ex *tit. Communia de legat. & fideicom. tit. Communia de manumiss. & Tit. communia de Usucap.* Hinc Compilatores hîc quoq; post explicatas Successionum ab intestato species, communia quædam de successionibus subjicienda putarunt.

Ad L. 1.

Si quis emancipatus decesserit, relicto fratre itidem emancipato, ac sorore in potestate constituta, soror in bonis emancipati potior non est, sed pariter ad successionem admittuntur. *h. l. nr.* Ratio dubitandi est, quoniam aliàs in successionibus melior condicio illorum, qui in potestate sunt, quam emancipatorum esse solet, §. *emancipati. 9. Inst. de hereditatib. qua ab intest. defer.* cum similibus. Decidendi verò quoniam de hereditate emancipati agitur, cujus intuitu uterq; tàm soror in potestate constituta, quàm frater similiter emancipatus æqualia cognationis jura habent. §. *pen. Inst. de legit. agnat. success.* adeoq; non Civili, sed Prætorio Jure per bonorum possessionem unde cognati ad successionem pariter vocantur *h. l. nr. & §. 1. Inst. de success. cognat.* Nec obstat *l. 4. supra de legit. agnat. tut.* ex quâ etiam post emancipationem agnationis jura durare, adeoq; etiam Civili jure successioni locum esse, dicendum est. *Gloss. ad h. l. nr.* Respondendum, ex Constitutione Anastasii, non alite-

aliter jura agnationis conservata, quàm si in ipsa emancipatione hoc impetratum fuisset, ut colligitur *ex l. 11. supra t. praced.* & successionem non æqualiter, sed cum deminutione quadam factam fuisse. *§. 1. Inst. de success. cognat.* Sed Justin. demum Constitutione id effectum, ut fratres hodie, imo & fratrum ac sororum liberi, nō obstante capitis deminutione, ad successionem vocentur. *l. ult. §. 1. supra tit. 1.* Illud hîc obiter notandum, solennem istam bonorum possessionem, de qua in *fin. h. l.* mentio, hodie necessariam non esse, sed absq; illa solennitate, quibuscunq; verbis, & coram quovis Magistratu, etiam municipali, rectè peti. *l. ult supra qui admitti ad bonor. poss. poss. §. ult. Inst. de bonor. poss.* Agnitionem tamen & contestationem aliquam apud Magistratum etiamnum intervenire oportere, benè contra quosdam docet *Dn. Scip. Gentil. de jurisd. 21.* Quemlibet autem Judicem *in d. l. ult. supra qui admitt. ad bon. poss. poss.* intelligimus non pedaneum, ut putat *Hortens. ad d. §. ult. de bon. poss.* Sed magistratum, cum datio bonorum possessionis sit actus jurisdictionis, *l. 5. ff. de re judic. juncta. l. 3. ff. de jurisdict.* quam judici pedaneo non competere, constat *ex l. ult. supra ubi & apud quem cognit. rest. in integr. agitanda sit.*

## Ad L. Si pater. 2.

Summam hujus l. aliter atq; aliter proponunt *Dd. Bald.* ita: Tutor propioris Consobrini potest conveniri ab agnato ejus herede, ut reddat rationem administrationis tutelæ. *Bart.* ita: qui est heres heredis, potest hereditatem primi defuncti vindicare. *Salic.* Quoad transmissionem non refert, utrum hereditas quæsita sit jure Civili, vel prætorio. Adde Glossam hîc Sed nihil refert, quam sequamur, cum omnes ex textu petitæ sint, eiq; satis conveniant. Proponitur enim casus, quo quidam impubes decessit, relicto herede consobrino suo, qui hereditate vel Civili, vel Prætorio jure acquisita, mortuus quoq; est filio superstite, qui admissa patris sui hereditate & defuncti, propius Sobrini bona vindicare, & tutorem de administratione tutelæ convenire non prohibetur. *h. l. nr.* Unde rectè ista omnia inferuntur: quod pupillo non tā-

tùm, sed etiam ejus heredibus actio tutelæ quoq; competat, ut *ex lege tutela 12. supra arbitr. tutel. notat Gothofr. ad h. l. nr.*

## Ad L. Vitrico. 3.

Vitrico hereditas privigni sui non debetur. *h. l. nr.* Ratio dubitandi procul dubio est, quod patris loco esse videbatur, ut notat *Bald. hic.* Sed decidendi, quoniam vitricus privigno affinis est. *§. affinitatis. 6. Inst. de nupt.* affinitatis autem jure nulla permittitur successio, *l. 7. intr. h. t.*

## Ad L. Servus. 4.

In nuptiis quidem, aliisq; conjunctionibus, etiam serviles cognationes attendi, patet ex *§. illud certo. 10. Inst. de nupt.* at in successionibus, tâm Civilibus, quàm Prætoriis, nulla computatur servilis cognatio. *pr. Inst. de servil. cognat.* nec servus successorem habere potest. *h. l. nr.* Differentiæ ratio est, quod in nuptiis naturale jus & pudor inspiciendus sit. *l. adoptivus. 14. §. serviles. 2. ff. de rit. nupt.* Successiones verò Jure Civili deferantur *pr. Inst. de hered. qua ab intest. defer.* quo servis, pro nullis haberi constat, ex *l. quod attinet. 32. ff. de R. J.* Excipit *Gloss. & Gothofr. ad h. l. nr.* certos casus, quibus & servos successores habere existimant; veluti *in l. pen. supra de his, quib. ut indign. l. 8. supra de suis & legit. l. ult. supra ad SCt. Orfit. l. 8. supra t. prox. l. 1. pr. & §. 4. ff. de suis & legit.* Verùm hi textus omnes id, ad quod adducuntur, probare non videntur, utpotè, qui vel de iis, qui apud hostes captivi decedunt, vel post moram heredis ex servili ventre nati sunt, aperte loquuntur, quos vel liberos esse, vel per fictionem legis Corneliæ pro liberis haberi expeditum est. Uno tamen casu olim servus successorem, non quidem legitimum, sed ex testamento habere poterat, servo enim Pop. Rom. publico de dimidia peculii parte testamentum condere, adeoq; ex eo heredem habere concessum erat, teste *Ulp. in Fragm. tit. 20. §. ult.*

## Ad L. Amitæ, 5.

Hunc textum obscuriorem reddit vers. nam si amitinis. &c.

quem

quem Accurs. contortè construere & explicare conatus est, *Cujac. 12. obser. 7. Hotom. 6. obs. 9. Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 16. th. 1. lit. F.* & additio ad Gloss. hîc aliter atq; aliter emendarunt, ut apud ipsos videri potest. Verùm cum varia sit h. loci lectio, & in nonnullis exemplaribus, pro nunquam, habeatur quanquam, ut testatur *Pac. in notis hic*, fortè nec contorta ista Accurs. explicatione, nec aliorum correctionibus opus erit, sed admissa alia lectione ista (quod in ambiguis concessum est, *l. in ambigua. 19. ff. de legib.*) dicendum, *d. vers. ult.* hoc velle, quod illi, qui neq; communem patrem, neq; matrem habent, adeoq; neq; consanguinei, neq; uterini defuncto fuerint, quanquā matris eorum privigni sint, ad successionē non admittantur. verb. grat. Amita mea vidua, liberos ex priori matrimonio habens, Titio itidem viduo ex priore uxore liberos habenti nupsit, & communes liberos ex hoc matrimonio susceperunt, si itaq; mortuis amitæ meæ liberis, inter me & liberos Titii ex priori matrimonio natos de successione controversia oriatur, me potiorem esse iis, qui cum defuncto neq; communem patrem, neq; matrem habuerunt, sed comprivigni tantùm sunt Impp. rescribunt. Hi enim defuncto neq; agnationis, neq; cognationis jure, imò ne affinitatis quidem proprie dictæ conjunguntur, ita, ut matrimonium quoq; invicem contrahere non prohibeantur. *§. mariti tamen. 4. Inst. de nupt.* Alias Bald. ex hoc textu regulam notat, quod interdum aliquid mediante alio consequor, quod immediate consequi non possem: puta privigni novercæ per se non succedunt, sed per mediam personam natorum ex ea qui sunt fratres ex latere patris conjuncti *h. l. nr. ibiq; Bart. & Bald.*

## Ad L. Avunculo. 6.

Hæc bona lex, nec correcta est, ait Bart. quippe tàm jure antiquo, quàm novo in successione avunculus consobrino præfertur, cum ille tertio, hic quarto gradu constitutus sit. *h. l. nr.* Post fratres eorūq; liberos sēper obtinet regula, quod prior in gradu posteriorem à successione excludat. *Nov. 118. c. 3. in fin. Auth. Post fratres fratrumq; liberos. supra tit. prox.*

Ad

## Ad L. Affinitatis. 7.

Affinitatis in nuptiis contrahendis non exiguam haberi rationem, patet *ex §. affinitatis. 6. & §. seq. Inst. de nupt.* quoniam & hujus intuitu atq; veneratione à quarundam nuptiis abstinendum est. *l. 14. §. fin. ff. de rit. nupt. l. non facilè. 4. §. 4. & seqq. ff. de grad. & affinib.* Sed in successionibus affinitatis jura non attenduntur. *h. l. nr.* quoniam ex agnationis & cognationis jure, tàm ex legibus, quàm ex Prætoris Edicto tantùm deferuntur, ut colligitur ex tit. *de hered. quæ ab intest. defer. tit. de legit. agnat. success. tit. de success. cognat. tit. de bon. possess.* Nec obstat quod vir & uxor sibi invicem certis casibus saltem ex Jure Prætorio succedant. *l. un. & Auth. præterea. supra und. vir & uxor.* Respondetur enim, maritum & uxorem affines propriè non esse, sed ex nuptiis affinitatis principium & causam oriri, *d. l. 4. §. 3. in fin. ff. d. t. de grad. & affin. Gloss. & Bald. ad h. l. nr.* Exceptionem *ad h. l.* ponit *Treutl. d. D. 16. th. 1. lit. F. in l. 5. supra h. t.* Sed frustra planè ut patet ex iis, quæ ad istam legem à nobis dicta sunt.

## Ad L. antequam. 8.

Hæc lex continet vulgatam juris regulam, quod testamentariæ successionis spe durante, ab intestato bona defuncti non rectè vindicētur. *l. quamdiu. 39. ff. de adquir. vel amitt. hered. l. quamdiu 89. ff. de R. J.* Ratio est, quoniam provisio hominis tollit provisionem legis, *arg. l. ult. supra de pact. convent. tàm per dote &c.* & voluntas testatoris pro lege servanda est. *Nov. 22. c. 2.* Hinc antequam scriptus heres cujuscunq; portionis capax, vel repudiet hereditatem, vel aliâ ratione quærendæ facultatem amittat, ei, qui testamentum reliquit, nemo ab intestato succedere potest *h. l. nr.* Non obstat *l. si quis ita. 102. ff. de hered. instit.* Respondetur enim, ibi heredem testamento sub hâc condicione si legitimus heres vindicare nolit hereditatem, institutum fuisse, adeoq; condicione, sub qua heres institutus est, deficiente, meritò quoq; testamenti condicionem deficere. *Phil. Matth. ad d. l. 89. 89. ff. de R. J. n. 5.* Deinde non resistit *l. pen. ff. si tabb. testam. null. extab. unde*

*de liber.* Respondet enim Gloss. hîc, ibi filium sub condicione emancipationis, si à patre intra certum tempus emanciparetur à cognato institutum fuisse, & condicione non existente, cum pater filium emancipare cogi nequeat, rectè ab intestato bonorum possessionem petere. Adde *Gloss. ad l. pen.*

## Ad L. Ancillæ 9.

SCto Claudiano cautum fuit, ut si fortè mulier libera servo alieno contra Domini denunciationem se jungeret, serva & ipsa efficeretur. *l. un. C. de SCt. Claud. toll. ibiq. Gothofr.* Dubitatum ergò fuit, an si liber homo ancillæ alterius contubernium sequatur idem contingeret. *arg. h. l. nr.* Sed respondet Imp. Alex. etiamsi ei denunciatum fuerit, ut abstineat, tamen eum servum non fieri, *l. si liber. 3. infr. de liber. caus.* & consequenter ancillæ dominum per hanc conjunctionem liberi istius hominis successionem vindicare non posse, *Impp. Dioclet. & Maximian. h. l. nr.* Ratio est, quoniam *SCtum Claud.* de muliere liberâ conceptum, ad masculum contra libertatis favorem porrigendum non est. *arg. l. libertas. 106. ff. de R. J.* cujus intuitu etiam ipsum SCtum Claud. à Justin. sublatum est, *d. l. un. infr. de SCt. Claud. toll.*

## Ad L. Nutritoribus. 10.

Dubitandi fortè ratio est, quod nutritores propter alimenta præstita, parentum loco esse videatur, *arg. l. si quis. 5. ff. de agnosc. & alend. liber.* Decidendi verò, quod nutritores, qua tales, neq; agnati neq; cognati sunt, adeoq; iis, neq; Civili, neq; honorario jure deferri hereditas possit. *h. l. nr.* Hinc non malè colligitur, nec tutorem ratione tutelæ, vel ob administratam tutelam ad pupilli successionem admittendum esse, ut notat *Bart. ad h. l. nr.* Contrarium tenet *Gloss. ad l. quo tutela. 73. ff. de R. J.* videl. non legitimum tantùm, sed etiã testamentarium & dativum tutorem pupillo in pupillari ætate mortuo, fisco excluso, succedere, *arg. d. l. 73.* facit *Auth. liberi. supra de Episcopal. audient. & Nov. 105. c. 3. §. si quis. 12.* ubi habetur, si liberi furiosi parentis curam neglexerint, alius verò causam susceperit, illum præ filiis legitimum successorem esse debere: item

quod tutor administret bona pupilli, eorumq; periculum sustineat, *§. ult. Inst. de Attil. tutor. l. 1. & tot. tit. ff. de admin. & pericul. tut.* adeoq; & commodum successionis ad eundem pertinere debeat. *l. 10. ff. de R. J. Paul. de Castr. ad h. l. nr.* Alii hereditatem inter fiscum & tutorem dividendam existimant. *Cavalc. in tract. de tutor. sub. n. 336. allegatus à Daniel. Moller. 4. semestr. 45. in fin. Adde M. Anton. Peregr. de jur. fisc. lib. 4. t. 3. n. 18. pr.* Verùm allegata *l. 73. de R. J.* de legitimis tutoribus tantùm loquitur, ad quos quemadmodum tutela jure agnationis vel cognationis pertinet, ita successio etiam meritò devolvitur. *Inst. de legit. patron. tut.* Sed nec *Auth. liberi supra de Episcop. audient.* multum juvat, quoniam casum planè singularem continet, qui ad consequentiam trahendus non est, *arg. l. quod contra. 14. ff. de legib.* Deniq; nec ex ratione Castrensis, ad jus succedendi rectè inferri potest, ut monet *Bach. ad Trentl. vol. 2. D. 16. th. 1. l. F. Adde Bald. ad h. l. nr.* qui post fiscum tutorem venire putat, cum nulla lex sit, quæ fisco eum præferat. Adde & *Harpr. ad pr. Inst. de success. quæ ab intest. defer. n. 443. & seqq. aliquot.*

## Ad Auth. Omnes peregrini. &c.

Inter pravas consuetudines, quarum quasdam sustulit *Imp. Carol. V. Constit. Crim. art. 219.* & hæc fuit, quod olim peregrini intestato defuncti, bona hospites nonnullis in locis hospitii jure sibi vindicaverint, ut colligitur ex hac *Auth. nr.* Verùm *Imp. Fridericus II. cujus est hac Auth. desumt. ex Cōst. de Stat. & Consuetud. Collat. 10.* eam sustulit, & constituit, ut peregrini & advenæ, non tantùm liberè, ubi velint hospitari, sed etiam de rebus suis pro arbitrio disponere possint, & si fortè intestati decesserint, bona heredibus legitimis restituenda, aut si nulli reperiantur, ad pias causas eroganda fiut: pœna adjecta in hospitem, qui ex bonis istis aliquid retinuit, ut triplum Episcopo solvat, in eos verò, qui cōtra hanc Cōstitutionē venire præsúserit, ut intestabiles ipsi sint & pro qualitate admissi etiam extra ordinem puniuntur. *d. h. Auth. nr.* Ex hac autem Constit. notant Dd. 1. quod consuetudines vitiosæ & irrationabiles non valeant, *l. quod non ratione. 39. ff. de legib.* ideoq; meritò ab Impp.

ab-

abrogentur, non præsentes tantùm, sed etiam futuræ. *l. 3. §. divus. 5. ff. de sepulch. violat. Bald. ad h. l. nr. n. 4.* Secundò, quod peregrini & advenæ in hospitiis detineri, aut repressaliis vexari non debeant. *arg. d. h. Auth.* ibi: libere hospitentur &c. ibiq; *Bart. & Bald. n. 2.* *Adde de repressaliis* post *Bart. & Jacob. de Canib. etiam Mynf. Cent. 6. obs. 1. Petr. Frider. Mindan. de processib. lib. 2. c. 46. & seqq. aliquot. Gail. de pignorat. obs. 1. n 5.* Tertiò, quod peregrini coram duobus testibus, ut milites testari possint, propter liberam testandi facultatem ipsis concessam. *h. Auth. nr. post Angel. & Paul. de Castr. Andr. Barbatius ad Bart. hic.* Verum hæc opinio facilè refellitur per textum *in l. si quando. 35. pr. supra de inoff. testam.* ubi per liberam testamentifactionē à Pr. concessā, nihil aliud quā legitimā & cōsuetā testamentifactionem tributam censeri apertè constitutum est. *Gloss. ad h. Auth. nr.* Ubi paucis monendum, in arbitrio peregrini esse utrum secundum jus commune, an secundum loci statutum testamentum condere velit. *arg. l. 9. & l fin. supr. de test. l. 2. supr. quemadmodum testam. aperiantur. &c. Bart. in l. 1. supra. de summ. Trinit. n. 37. & Dd. comm. teste Gail. 2. Obs. 123. n. 3. Adde Bernh. Grav. Pract. concl. lib. 2. conclus. 123. considerat. 1.* Nisi forte statutum ad certas personas, puta, ad Cives vel incolas restrictum, in eorumq; favorem factum sit: Tunc enim testamentum à peregrino vel forensi secundum statutum loci factum, nullius momenti esse verius est, *arg. d. l. fin. supra de testam. Hug. Donell. in Consil. quodam, quod est inter Altorf. 97. & Ingolstad. Consil. seq.* Quartò, quod causa intestati decidenda sit, secundum leges domicilii, non secundum statuta loci, ubi quis moritur. V. gr. si Perusinus Venetiis moreretur, successio ejus secundum statuta Perusina, non Venetæ Reipubl. leges deferuntur. *Bald. ad h. Auth. n. 2.* Adde de statutis in causa success. ab intest. *Bart. in d. l. 1. C. de summ. Trinit. Gail. 2. obs. 124. Mynf. Cent. 5. obs. 19. Hieron. Schurff. Cent. 2. Cons. 26. Treutl. vol. 1. D. 1. th. fin. lit. E. ibiq. Bach.* Quintò quod in bonis peregrinorum non succedat fiscus, sed Christus, sive quod bona peregrinorum, ubi nulli sunt heredes, vel ex testamento, vel ab intestato, non fisco inferenda, sed in pias causas eroganda sint, contra *l. 1. infr. de bon. vacant. lib. 10.* cui hactenus derogatum hac Auth. videtur, *Gothofr. ad*

*d. Constitut. de Statut. & Consuetud. §. omnes. 10.* Sexto Deniq;, quod in eo, in quo quis deliquit, etiam puniri debeat, *h. Auth. in fin.* Vulgo hoc jus talionis appellant. Exempla extant *in §. 7. Inst. de injur. l. ult. C. ne sanct. baptism. iteretur. l. non prius. 7. infr. de calumniator. l. libellorum. 3. ff. de accusat. Nov. 142. item in Constit. Carol, art. 68. art. 107. & art. 180. Adde Aristot. 5. Ethic. c. 5. Philipp. Camer. lib. 1. Horar. succis. c. 99.*

## Ad L. Sancimus. ult.

Si fortè parens cum fratribus, sive germanis, sive consanguineis, sive uterinis concurrat, fratres parentē excludūt, usufr. tantùm ipsi salvo, sive bona ex lucris nuptialibus, putà dote vel donatione propter nuptias ex pacto quæsita fuerint, sive ex materna linea, per donationes inter vivos, vel dispositiones ultimas, vel ab intestato advenerint. *h. l. nr.* Verùm hæc lex in totum correcta est, & hodie parentes cum fratribus utrinq; conjunctis æqualiter ad successionem vocantur, ita ut pater ne usumfructum quidem in portionibus liberorum consequatur. *Auth. defuncto. supra ad SCt. Tertull.* ab uno verò latere conjuncti post parentes demum & fratres germanos, ad successionem vocentur. *Auth. post fratres. supra. tit. proxim. in Nov. 118. c. 2. & 3.*

## Ad Auth. Itaq;.

In concursu fratrum & sororum utrinq;, & ab uno latere conjunctorum, utrinq; conjuncti reliquis omninò præferuntur. *h. Auth. Nov. 84. c. 1. §. 1. Auth. post fratres. supra tit. prox. & Nov. 118. c. 3.* Duo enim vincula fortius ligant, quàm unum. *§. sed hodie. Inst. de adopt. Gloss. & Dd. ad h. Auth. nr.* Quod autem *Gloss. & Bald.* hîc existimant, consanguineos ad bona paterna, uterinos ad materna, ad bona verò aliunde quæsita, omnes æqualiter vocari, id generalitati textus *in d. Auth. post fratres. & Nov. 118. c. 3.* convenire non videtur, ut *supra ad d. Auth.* ostendere conati sumus.

Ad

## *AD TIT. LIX.*

### De bonis maternis & materni generis.

GLoss. h. t. & seqq. non uno modo cum superioribus connectit, sed tandem in ea, quam ultimo loco ponit, acquiescere videtur, videlicet hactenus de successionibus patrumfam. tàm Civilibus, quàm Prætoriis, tàm ex testamento, quàm ab intestato actum esse; jam etiam de successione filiorumfamiliàs dicendum. Cum autem successioni locus esse non possit, nisi bona aliqua habeant, præmittendum fuisse, qualiter ipsis bona, vel à linea materna, vel aliunde acquirantur *h. t. nr. & tit. seq.*

### Ad L. 1.

Hujus legis tria sunt membra. 1. quod jus habeat pater & filius in bonis paternis. 2. Cui competat eorum administratio, & 3. quod pater ea alienare non debeat. *Gloss. Bart. & Dd. ad h. l. nr. Adde Arium. Pinell. ad h. l. nr. p. 1. n. 1.* ubi & ipse hanc distinctionem sequitur. Et 1. quidem liberi in potestate constituti parentibus omnia (exceptis castrensibus peculiis) pleno jure adquirebãt, ut monet *Imp. in §. igitur. 1. Inst. per quas person. cuiq; adquir.* Sed hic Imp. Constantin. in rebus, quæ à matre ad liberos perveniunt, exceptionem statuit, ut quoad usumfructum quidem adhuc patri, quoad proprietatem verò ipsis liberis acquirerentur; ne videlicet patriæ potestatis effectus, quoad acquisitionem omninò tolleretur. *h. l. nr. ibiq; Pinell.* Non obstat, quod *in l. placet. 79. ff. de adquir. vel omittend hered. & l. 1. pr. ff. si à patr. quis manum. sit* scriptum, quicquid filius adquirit, id patri adquirere. Respondet enim *Bart. ad h. l. nr.* dictos textus ad jus antiquum pertinere, cui per hanc constitutionem quoad bona materna derogatum sit. Verùm ipse, cum communi Dd. Schola, præsupponit in Digestis jus antiquum extare, quod per leges Cod. correctum sit, quod menti Justin. *in l. 2. §. tanta. 10. & §. contrarium. 16. supra de Vet. jur. enucl.* consentaneum non videtur: neq; ad jus abrogatum referre dd. ll. ulla cogit necessitas. Nam *in d. l. 79. de adquir. vel omittend. hered.* nihil aliud habetur, quam quod patri vel domino per filium

aut

aut servum adquiritur, id confestim adquiri, nec momento aliquo in persona servi, aut filii subsistere, quod agnoscit *ipse Br. ad d. l. 79. & docet Lancellot. Polit. in tr. de subst. n. 43. & Pinell. ad h. l. nr. p. 1. n. 10.* Sed nec *d. l. 1. si à parente quis manumiss.* aliud probat, quàm per filiumfam. patri omne emolumentum adquiri: quod licet generaliter etiam de proprietate intelligi possit. *arg. l. furiosus. 63. l. pater. 93. §. 1. ff. d. t. de adquir. hered. l. Papinian. 8. §. meminisse. 14. ff. de inoffic. testam.* hoc tamen loco, propter novum jus, de usufructu non malè accipitur. Non obstante *d. §. 1. Inst. per quas person. cuiq. adquir.* qui non de jure in digest. relato, sed antiquiori & vetustiori, cui per Constitutiones Impp. derogatum est, satis apertè loquitur. Eodem modo & ad reliquas leges, quas pro cõmuni opiniõe & correctione textuũ adducit *Pinell. d. p. 1. n. 12.* haud difficulter responderi posse videtur. Falluntur autẽ *Richard. de Malunke* & alii procul dubio, qui & ante Constantinum idem in bonis maternis obtinuisse volũt, quorũ opinionẽ rejicit *Gloss. ad l. si qui heres. 13. §. ult. ff. de adquir. vel omitt. hered. & Bart. ad h. l. nr. pr.* Neq; enim vel *l. qui in alien. a. 6. §. sed etsi. 3. d. t. vel si filius. 22. ff. de inoffic. testam.* quicquam juvantur, cum ex priori hoc tantùm inferatur, quod in adquirenda hereditate in dubio filius patri consentire intelligatur; ex posteriori verò, quòd tàm filius ipse, quàm pater nomine filii, inofficiosum patris testamentum accusare non prohibeatur, etiamsi pater legatum ex eo testamento habeat, ut ex ipsa textuum lectione facilè colligitur. Non obstante *d. l. 22. §. 1.* ibi: quoniam alii commodum victoriæ parat. Responderi enim potest, vel leges digestorum, non ex mente JCtorum, quorum nomina præfixa sunt, sed ita, ut cum reliquo jure conveniant, & Justin. potius esse intelligantur, accipiendas esse, vel commodum victoriæ ibi, non ad commodum hereditatis & bonorum maternorum, sed ad commodum honoris referendum esse; ut videlicet injuria per exheredationem maternam filio illata per querelam à patre nomine filii institutam, repellatur, & filio honor atq; existimatio restituatur, quemadmodum hunc textum interpretatur *Nicol. Bellon. 4. supput. Iur. Civil. c. 4. in fin. Adde eund. c. seq. & Scip. Gentil. de bon. matern. c. 5.* Illud autem apud omnes in confesso est, usumfructum hunc,

qui patri in bonis maternis competit, causalem, sive proprietati conjunctum non esse, quippe qui penes filium est, ex ipsa *h.l. nostra.* Sed formalem, (ut Dd. vulgo loquuntur) id est: verum & propriè dictum, quem servitutis personalis speciem esse, constat *ex l. 1. ff. de servitut.* quamvis singularia quædam habeat, puta, quod non testamento aut pactionibus, sed lege constituatur, & plenissimam administrationem, plenissimamq; potestatem, dominio proximam contineat. *h. l. nr. Dn. Scip. Gentil. d. tr. c. 6. in fin. Arius Pinell. ad h. l. nr. p. 2. n. 16. & 17.* Hinc nec satisdare, nec inventaruim conficere tenetur. *l. cum oportet. 6. §. non autem. 2. & l. ult. §. sin autem 4. in fin. infra t. t. seq.* quâ de re infra ad dd. textus dicendum erit, ubi & in quasi usufr. idem esse ostendere conabimur; quamvis aliud visum *Dn. Scip. Gentil. d. tract. c. 9.* Secundum membrum l. nostræ administrationem horum bonorum concernit, quæ tota patris est, ita, ut is non tantùm extra judicium, de iis disponere, sed etiam in judicio bona materna vindicare, defendere, & omnia ea agere possit, quæ aliàs pleno perfectoq; domino competunt. *d. h. l. nr.* Unde & procuratorem constituere potest, *h. l. nr.* non tantùm post litem contestatam, ut vult Gloss. ad *h. l. nr.* in verb. procuratorem. Sed etiam ante litem contestatam: quoniam ita ipsi omnia agere concessum est, ac si solidum perfectumq; dominium acquisitum fuisset; item per procuratorem poscere, & legitimam personam gerere debet, *d. h. l. nr.* Quæ utiq; satis arguunt tàm ante, quàm post litis contestationem, patrem procuratorem constituere posse, ut post *Jacob. de Bellov. Cyn.* & alios, rectè monet *Bart. hic. n. 1. & Bald. n. 3.* Non obstat, quod aliàs nemo constituit procuratorem ante litem contestatam, nisi suo nomine actionem habeat. *l. sed si 17. §. procuratorem. 14. ff. de injur. l. 1. pr. ff. de procurat.* Respondeti enim potest, id regulare esse, sed excipi patrem, qui plenissimum mandatum, & liberrimam, tàm in judicio, quàm extra judicium agendi potestatem accepit, *ex h. l. nr. Bald. d. n. 3.* Minus movet *l. neq. 11. supra de procurat.* quo textu Gloss. utitur. Nam ea de procuratoribus & tutoribus loquitur, quos minus juris, quàm patrem habere, expeditum est: quippe pater non tantùm quoad providentiam filii, domini loco habetur; quod de tutoribus scri-

ptum

ptum est in *l. tutor. 27. ff. de admin. & peric. tutor.* Sed plenissimum jus percipiendi fructus suo nomine, adeoq; longe potentius, quàm tutor habet, ut rectè post *Bart. Bald. Jason.* & alios monet *Pinell. ad h. l. d. p. 2. n. 67.* Idq; non tantùm, si de usufructu lis sit, quod Specul. voluisse refert *Bald. d. n. 3.* sed etiamsi de proprietate agatur, quoniam legitimus rerum maternarum administrator est, *h. l. nr.* & potentius jus quod alii usufructuarii habent, ut supra attigimus, ut pluribus probat *Pinell. ad h. l. d. p. 2. n. 16. & 17.* Quod de judicio dictum, ut pater de bonis maternis in judicio versari, & procuratorem constituere possit, id de arbitrio negandum videtur, ut pater de iisdem compromittere nequeat, tùm quod compromissum species quædam alienationis sit, & consequenter, cum alienatio patri interdicta, *h. l. nr.* & compromittendi potestas eidem ademta sit. *c. cum tempore. 5. extr. de arbitr.* tùm exemplo Vasalli, quem sine consensu Domini, compromittere non posse contendunt. *Martin. Landorf. ad c. Vasallus 5. de invest. in marit. fact. 2. F. 15. Arius Pinell. ad h. l. nr. p. 3. n. 44. Borch. de feud. c. 8. n. 45. Rosenth. c. 9. conclus. 22.* tum deniq; quod prohibita alienatione, omnia intelligantur esse prohibita, per quæ ad alienationem perveniri quandoq; possit, *arg. l. Lucius. 88. §. Scævola. 13.* (in vulgata editione est, *l. Codicillis. 91.*) *ff. de legat. 2. ibiq. Bart.* Verùm contrarium verius est, tum quod arbitria ad instar judiciorum redacta sint. *l. 1. ff. de recept. qui arbitr. recep.* adeoq; cui in judicio agere licet, eidem nec cõpromittere interdictum sit, *arg. §. omnis. 1. pr. Inst. de action.* tùm quod plenissima potestas tanquam Domino tributa. *h. l. nr.* Nec obstat 1. quod de interdicta alienatione supra allatum est, partim quod compromissum alienatio propriè non sit, cum fieri posset, ut arbiter pro parente, non contra eum pronunciet; partim quod etiam eo casu, quo contra parentem pronunciatur, non voluntaria, sed necessaria foret alienatio, quæ patri interdicta non videtur. *arg. l. ult. §. sin autem. 4. infra tit. seq.* Deinde non movet exemplum vasalli, quẽ & ipsum etiam sine Domini consensu compromittere posse, facilè probari potest, per textus satis expressos. *in d. c. Vasallus. 2. F. 15. c. lex Corradi. pr. vers. si autem &c. de leg. Corrad. 2. F. 34. & c. ex eo. pr. An apud judic. vel contra curiam domin. &c. 2. Feud. 46.* Quos

textus

textus frustra per Cōstitutiones Lotharii & Friderici correctos esse, contendit *Borch. & Rosenth. loc. supra alleg.* cum textuum correctio non per conjecturas induci, sed expressis verbis demonstrari debeat, *c. cum expediat. 29. de elect. & electi potest. in 6. c. cupientes. §. quod si per viginti. Eod. tit ibiq. Gloss. ab omnibus approbata, in verbo: petere. Everhard. in Top. loc. à rat. leg. larga. &c. n. 15.* Adde *Hanneton. de feud. c. 6. Duar. c. 12. n. 11. Schrad. p. 8. c. 1. n. 46. Arum. D feud 7. th. 10.* Deniq; ultimum istud non regula juris est, sed figmentum potius & Brocardicum, ut *Dn. Scip. Gentil.* monet *d. tr. c. 15.* cujusmodi Brocardica incerta & valde lubrica esse, notat *Andr. Fachin. lib. 9. controv. c. 6.* Quam opinionem ita demum admittunt, si pater rem filii adventitiam retineat, non si portionem ejus aut jus in alium transferat. *Bald. ad h. l. nr. n. 2. Clar. 4. Sentent. §. feudum. q. 38. & 39. Hartmann. ab Epping. tit. de feud. 54. q. 34.* & in terminis nostris *Dn. Scip. Gentil. d. c. 15.* Sed hæc distinctio nullo jure probatur, adeoq; fortassis recipienda non est, quemadmodum eam in feudo non attēdit *Illustriss. Schenck. in c. si de feudo. §. si vasallus de beneficio, si de feud. defuncti cōtent. sit. & c. 2. F. 26. Adde Rosenth. d. c. 9. conclus. 22. n. 9.* Sed quid si pater bona materna male administret, poteritne propterea removeri? Et ita dicendū videbatur, *per l. fin. §. fin. autem. 4. intr. tit. seq.* in illis verbis: *omnia circa usumfructum facere pater debet, quæ nullo modo possunt proprietatem facere deteriorem.* Item *per l. fin. §. 2. ibi: quis ab administratione fugiat. &c. intr. de sent, pass. tum per l. Imper. 50. ff. ad SCt. Trebell.* tum quod & alius usufructuarius, si male in re fructuaria versetur, privari jure suo possit. *l. hoc amplius. 9. §. ult. ff. de damn. infect.* tum etiam quod emphytevta ob deteriorationem rei emphytevticæ removeri & expelli soleat. *arg. l. 3. C. de locat. Nov. 120. c. 8. Clar. d. lib. 4. sent. §. emphytevsis. q. 26. n. 1.* Et hanc opinionem probat *Schurff.* ita, ut patrem etiamsi nec in dolo, nec culpa sit, ab administratione removēdum existimet. *Cent. 2. Cons. 22. n. 10. & 11. Adde Pinell. ad h. l. d. p. 2. n. 33.* Verum contrarium verius est, tùm per textum *in l. si quis 8. §. ult. supra de secund. nupt. ibi: neq. patris, neq. matris administrationem filii valeant perscrutari* &c. tum quod omnis remotio ignominiam aliquam afferat, vel saltem ruborem

Aaaa incu-

incutiat, *l. testamento. 51. §. 1. ff. de manumiss. testam.* filiis autem parentum persona semper honesta & sancta videri debet. *l. liberto. 9. ff. de obsequ. parent. & patron. præstand.* Nec resistunt, quæ supra in contrarium allata sunt; quoniam *ex d. l. ult. §. 4. tit. seq.* nihil aliud infertur, quàm quod pater bona liberorum benè administrare, nec proprietatem deteriorem facere debeat; quod uti verissimum est, ita ex eo non sequitur, malè administrantem statim removendum esse, cum hypotheca bonorum in omnem eventum liberis satis cautum esse videatur. *arg. d. l. 8. §. ult. in fin. supra de secund. nupt.* Sic non multum ad rem facit. *d. l. ult. §. 2. C. de sent. pass.* quoniam de patre per indulgentiam Pr. restituto, sed aliàs prodigo, & omnium vitiorum servo (ut lex ipsa habet) loquitur, cui pecunia liberorum committenda non est, nec tutor antea datus esse desinit, ut ex ipso textu satis patet; imò ejusmodi patri filius ipse Curator dari potest. *l. 1. in fin. ff. de Curator. furios. & al. extr. min. dand.* Sed nec *d. l. 50. SCt. Trebell.* remotionem probat, utpote quam de speciali casu loqui, constat, videl. in fideicommisso, quod quis alicui reliquerat, ut filio suo si in potestate esse desiisset, restitueret: quo casu si pater fraudulenter circa hereditatem fideicommissariam versetur, cogi potest etiam filio adhuc in potestate existenti eam restituere. *Gloss. & Bart. ad d. l. 50.* Ad exemplum verò fructuarii quod attinet, non rectè id huc accommodatur, cum pinguius multo jus patrem, quàm alium usufructuarium habere certum sit. Imò nec usufructuarium alium ob rem malè administratam, aut deteriorem factam, statim removeri posse, verius est, sed cautio fructuaria sufficit, quam de utendo are boni viri arbitratu præstare tenetur, quæq; toties committitur, quoties re aliter usus fuerit, *l. 1, §. habet autem. 6. ff. usufr. quemadmod. caveat.* Non obstante *d. l. 9. §. ult ff. de damn. infect.* quæ nominatim de damno infecto loquitur, in quo propter periculum imminentis ruinæ tùm hoc, tùm alia singularia recepta sunt, ut clarè ostendit *l. 1. & l. 4. ff. eod. tit.* Idem forte dicendum de Emphyteuta, videl. nec ipsum quoq; propter deteriorationem fundi removeri aut expelli posse; nisi forte emphyteuta Ecclesia fuerit. *per d. Nov. 120. c. 8.* Nam in Civili id nusquam expressum, sed actio tantùm ex contractu prodita. *l. 1. supra*

de

*de jur. emphytevt.* cujus beneficio hoc consequi dominus poterit, ut emphytevta vel arbitrio boni viri deinceps in re emphytevtica versetur, vel à contractu recedat. *arg. l. 6. & ult. supra de pact. inter emt. & venditor.* Neq; distinguimus, inter res mobiles & immobiles, neq; utrum doso vel culpa, vel sine culpa malè in bonis maternis parens versetur, sed indistinctè ipsi administrationem relinquendam esse putamus, cum liberis alia ratione consultum sit, ut videl. factum habeatur irritum, & bona alienata à quovis vindicari possint, adeò, ut nec præscriptio longi temporis impediat. *h. l. nr. in fin.* Quod si tamen pecunia, vel aliæ res fungibiles fuerint, quorum usus in abusu est, recipi potest, ut si pater forte solvendo non sit, adeoq; metus ne liberis omnino pereant, cavere teneatur, aut si nequeat, pecunia in tuto loco deponatur, & usuræ patri loco ususfructus præstentur, *arg. l. postquam. 5. §. Imper. 1. ff. ut legat. seu fideicomm. servand. caus. cav.* Illud satis expeditum est, quod etiamsi patrem secundum aliorum opinionē propter malam administrationem removeri statuamus, usumfructum tamen ipsi salvum manere, ut rectè monet *Dn. Scip. Gentil. d. tr. de bon. matern. c. 12.* Præterea litis expensas parens ex fructibus, adeoq; de suo facere tenetur, *h. l. nr.* sive de usufructu, sive de proprietate lis inciderit, *d. h. l. nr.* cum alii usufructuarii, licet tanquam procuratores in judicio versari possint, litis tamen sumtus de suo expendere non cogantur, sed si quid forte impenderint, id repetere à proprietario possint, *l. usufructu. 7. §. quoniam. 2. ff. de usufr.* &c. Rationem differentiæ reddunt, quod pater ex legis dispositione, alii ex hominis voluntate usumfructum habeant. *Ant. Gomez. 2. Var. resol. 15. n. 7. in fin.* Sed hæc ratio meritò displicet *Pinell. ad h. l. nr. d. p. 2. n. 61.* cum satis tutum non videatur, ut deterioris condicionis sit is, qui jus à lege, quam qui ab homine habet. Vera igitur differentiæ ratio in eo esse videtur, quod parens in bonis maternis, non simplex sit usufructuarius, sed simul legitimus administrator, qui tanquam Dominus omnia in iis agere potest & debet. *h. l. nr.* quod de aliis usufructuariis dici non posse expeditum est. Aliud dicendum videtur in aliis sumtibus, non in litem, sed ad perpetuam rei utilitatem factis, quos non pater, sed liberi ferre tenentur. *arg. d.*

 *l. 7.*

*l.* 7. §. 2. *ff. de usufr.* quemadmodum etiam si fortè fructus ad expensas litis non sufficiant, filius ex proprietate defectum supplere debet. *arg. l. ult.* §. *sin autem.* 4. *intr. tit. proxim. Pinell. d. n.* 60. Hîc tractatur à DD. quæstio: An, si forte marito in dotem data sint nomina, in exigendis iis ipse impensas facere, an doti eas imputare possit, ut ipso jure dotem minuant? Et ad maritum exactionis istius sumtus pertinere, *ex h. l. nr.* dicendum videtur, maximè cum id convenisse videatur, ut suo sumtu id faciat, secundum *Azon.* quem refert & sequitur *Gloss. in l.* 1. §. *in necessariis.* 2. *ff. de impens. in res dot. fact. in verb. non sint.* &c. Contrarium tenet *Bart. in d. l.* 1. §. 2. *n.* 6. & *ad h. l. nr. n.* 4. tum quod hæ expensæ necessariæ sint, adeoq; dotem ipso jure minuant. *d. l.* 1. §. 2. tum quod expensæ, quæ fiunt in exigendis nominibus, faciant, ut tanto minus in iis fuisse videatur. *l. per diversas.* 22. *supra mand.* Non obstante *h. l. nr.* quoniam alia sit ratio patris, alia mariti, ille fructus bonorum maternorum ex causa lucrativa, hîc ex causa onerosa, propter onera matrimonii fructus dotis percipit. *l. si is* 56. §. 1. *ff. de jur. dot.* Verùm hæc differentia non immeritò displicet Pinell. cum & alii usufructuarii non raro jus suum ex causa lucrativa, puta: donationis vel legati consequantur. §. 1. *Inst. de usufr.* & tamen ad sumtus extra refectionem rei non teneantur. *d. l.* 7. §. 2. *ff. eod. tit.* Ipse igitur distinguit, ut si quidem magnæ sint expensæ, eæ ad mulierem pertineant, & ipso jure dotem minuant. *arg. d. l.* 1. §. 2. *ff. de impens. in res obt. fact.* Si verò exiguæ fuerint, maritus eas facere obligatus sit; quasi hoc ab initio ita convenisse videatur. *arg. d. l.* 7. §. 2. *vers. hactenus de usufr.* maximè si maritus jam fructus ex nominibus istis perceperit, ut docet *Bald. ad h. l. nr. n.* 13. Adde omnino *Pinell. hic d. p.* 2. *n.* 70. Superest tertium *l. nostræ* membrum, de alienatione interdicta. quemadmodum enim usufructuarius simplex rem usufructuariam alienare non potest, *l. interest.* 6. *l. usufr.* 9. *supra de usufr.* ita nec patri bona materna, in quibus usumfructum habet, alienare concessum est. *h. l. nr.* Ubi notandum, alienationis appellatione (sive lex, sive homo eam inhibuerit) non solùm Dominii translationem, sed etiam ususfructus dationem, pignoris & hypothecæ constitutionem, servitutis impositionem & emphyteuseos conces-

sio-

ſionem contineri, ut docet Juſtin. *in l. ult. ſupra. de reb. alien. non alien.* &c. Hinc parens 1. bona liberorum vendere, permutare, in ſolutum dare, donare, aut quoq; alio modo dominium eorum transferre omnino prohibetur. *h. l. nr.* 2. Nec uſumfructum eorundem alienare poſſe videtur, tum *arg. d. l. ult. de reb. alien. non alien.* tum quod patris jus circa bona materna, non tantùm in fructuum perceptione, ſed etiam in plena & legitima adminiſtratione conſiſtat, quæ tanquam jure patriæ poteſtatis competens, ad alium transferri poſſe non videtur: tum quod nec uſufructuarius alius jus ſuum in alium, quàm proprietatis Dominum alienare poſſit *l. ſi uſusfructus. 66. ff. de jur. dot. §. finitur. pen. Inſt. de uſufr.* tum quod Vaſallus quoq; uſumfructum in feudo ſine conſenſu Domini conſtituere prohibeatur. *arg. c. Imperialis. in probib. feud. alien. per Lothar. 2. F. 52. & c. Imperialem. de prohib. feud. alien. per Frider. 2. F. 55. junct. d. l. ult. de reb. alien. non alien.* Sed contrarium verius eſt, videlicet patri translationem uſusfructus in alium interdictam non eſſe: tum quod juris iſtius quaſi Dominus ſit, *l. 3. in fin. ff. ſi uſusfr. pet.* &c. adeoq; liberam alienandi poteſtatem habeat, *arg. L. in re mandata. 21. ſupra mand.* tum quod & aliis uſufructuariis idem conceſſum ſit. *l. arboribus 12. §. 2. l. cui uſusfructus. 67. ff. de uſufr. cum ſimilibus.* Eo ipſo enim dum quis locat, vendit, pignori dat, ipſe uti frui videtur, & jus illud per intermediam perſonam, puta conductorem, emtorem, &c. retinere, *l. non utitur. 38. ff. d. t. l. Pompon. 29. pr. ff. quib. mod. uſufr. amitt.* Non obſtat *d. l. ult. ſupra de reb. alien. non alien.* &c. quoniam de re plane aliena loquitur, in qua quis nec proprietatem, nec uſumfructum habet, in qua alteri uſumfructum à non domino conſtitui non poſſe expeditum eſt. Deinde non movet, quod de legitima adminiſtratione allatum eſt, nam ea qualitas, uti ſeparata ab uſufructu eſt, ita, ad alium cum eo non tranſit, ſed penes patrem jure poteſtatis Patriæ remanet, ut rectè monet *Dn. Scip. Gentil. d. tr. c. 14. Ar. Pinell. ad h. l. nr. p. 3. n. 37.* 3. falſum videtur, quod de uſufructuario ſimplici allatum eſt, ut patet ex iis, quæ ſupra modò dicta ſunt, ita quidem, ut uſufructu vendito, non tantùm commoditas utendi, quod *Azo in ſumm. ad tit. Inſt. de uſufr. n. 1. Gomez. var. reſol. tom. 2. c. 15. n. 17. Pac. Cent.*

*5. q. 25.* & alii voluerunt; sed ipsum jus utendi fruendi transeat, per textum expressum *in §. minus autem. 1. Inst. de usu & habitat. & l. necessario. 8. c. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. Dn. Scip. Gentil. d. c. 14. Pinell. d. p. 3. n. 19.* Nihilominus tamen is, qui usumfr. vendit, vel alio modo alienat, usufructuarius manet, & jus aliquod retinet. In usufructu enim duplex jus considerari potest: unum personale, quod personæ ejus cohæret, & cum ea extinguitur. *d. l. 8. §. ult.* alterum reale, quod in perceptione fructuum consistit, & ad emtorem vel donatarium transit. *d. §. 1. Inst. de usu & habitat.* quod duplex jus exemplo heredis, qui hereditatem ex fideicommisso restituit, & creditoris; qui actiones sibi competentes alteri mandavit, vel vendidit, illustrat *Bach. ad d. §. 1. de usu & habitat.* Adde *Valent. Riemer. illustr. Quæst. D. 5. q. 2. & Dn. Ungep. Exerc. 6. q. fin.* qui ad textus *in d. l. 66. ff. de jure dot. & §. fin. Inst. de usufr.* etiam respondent. Deniq; exemplum vasalli quod attinet, existimant Dd. & ipsum æquè ac fructuarium alium jus suum vendere, & in alium transferre posse, modo ipse Vasallus maneat, nec alium invito vel ignoranti Domino in locum suum substituat. *Ar. Pinell. d. p. 3. n. 71. Borch. de feud. p. 8. n. 64. Rosenth. d. c. 9. concl. 10.* Sed negativa forte verior est, quoniam omnis alienatio, quæ domino præjudicio esse potest, prohibita est. *d. c. imperialis. 2. E. 52. & d. c. Imperialem. 2. F. 55.* usumfructum autem constituere, est alienare. *d. l. ult. de reb. alien. non alien.* &c. & quidem cum Domini præjudicio, cum Vasallus alii usumfructum constituens necessariis sumptibus forte destitui, adeoq; impediri potest, ne debita domino servitia præstare valeat. *Jac. de Ardiz. de feud. c. 113. Joh. Blanch. lib. 2. c. 1. Alvarott. ad d. c. Imperialem 2. F. 55. Clar. 4. Sent. §. feudum. q. 37. n. 2. Schneid. de feud. p. 7. n. 11.* Unde facile patet, aliam rationem vasalli, aliam simplicis fructuarii esse; huic venditio juris sui concessa *d. l. 12. §. 2. ff. de Usufr.* illi verò omnis interdicta alienatio est, *d. c. imperialis. 2. F. 52. & d. c. imperialem. 2. F. 55.* 3. pater pignori vel hypothecæ dare bona materna non potest. *arg. d. l. ult. supra de reb. alien. non alien.* Quamvis enim pignoris datione Dominium transeat, immò hypothecæ constitutione ne possessio quidem *l. 1. pr. ff. de pignor. act. §. item Serviana. 7. in fin. Inst. de action.* tamen

cum

cum per eam, si forte debitor non satisfaciat, facile ad alienationem perveniri possit. *l. si convenit. 4. ff. d. t. de pignor. act.* meritò & ipsa patri interdicta est. 4. Servitutem imponere fundo adventitio nequit. *arg. d. l. ult. de reb. alien. non alien.* quoniam servitus jus reale & perpetuum est, quod bonis maternis patri tanquam fructuario imponere non licet; quemadmodum nec simplici fructuario id concessum est, *l. sed si 15. §. ult. ff. de usufr, l. 6. in fin. pr. ff. comm. prædior.* Quod de vera servitute, quæ prædium perpetuo afficit, satis expeditum est, quam nemo nisi Dominus imponere potest. *l. 1. §. 1. ff. d. t. comm. præd. §. ideò. 3. Inst. de servit* aliàs ita patrem imponere posse, ut ad tempus duret, quemadmodum videlicet jus patris, adeoq; non liberis, sed patri tantùm ipsi noceat, non improbabiliter dici potest: quemadmodum & Vasallo. *c. cum de re pr. vers. res autem. in fin. de invest. de re al. fact. 2. F. 8. ibiq. Andr. de Isern. Bald. & Alvarott. Clar. d. lib. 4. Cent. §. feudum. q. 37.* & emphyteutæ eodem modo hoc concessum est. *arg. d. l. lex vectigali. 31. ff. de pignor. & hypothec. Sichard. ad d. l. fin. supra de reb. alien. non alien. n. 7. Treutl. vol. 1. D. 17. th. 6. lit. A. ibiq. Bach.* Quamvis *Dn. Scipio Gentil. d. tr. c. 16.* non ipsam servitutem, sed ejus tantùm usum hisce casibus concedi existimet, ut nimirum ei, cui servitus cōcessa sit, liceat ire, agere &c. non jure Servitutis ullius, sed jure obligationis personalis, qua se fructuarius ei obligavit. Verum utut hoc in usufructuario simplici concedi posset. *arg. d. l. 15. §. ult. ff. de usufr.* tamen in reliquis omninò dicendum videtur, ab iis ipsas servitutes imponi, quamvis alteratas, ut diutius non durent, quàm ipsa jura parentis, vasalli & Emphyteutæ durant, *d. pr. 2. F. 8. & d. l. 31. ff. de pignor. & hypoth.* Non obstat, quod alienatio, & consequenter etiam servitutis impositio hisce personis interdicta videatur, *d. c. imperialem. 2. F. 55. l. ult. supra de jur. emphyteut.* Respōderi enim potest, Vasallis eam tantùm alienationem interdictam esse, quæ Domino præjudicat, & per quam feuda à Domino & imperio transferuntur. *d. c. imperialis. in fin. pr. 2. F. 52.* Unde frustra *d. c. cum de re. 2. F. 8. per textus in d. c. imperialis. 2. F. 52. & d. c. imperialem. 2. F. 55.* correctum esse putat *Curt. Jun. p. 4. de feud. n. 105.* Sic quoq; non movet, *d. l. ult. C. de jur. emph.* quoniam nec ibi non quævis alienatio, sed ea tantùm, per quam directum trans-

fertur dominum, prohibita est, post *Bald ad l. & in provinciali. 3. C. de Servit. & aqu. Sichard. ad d. l. ult. de reb. alien. n. 8.* Imò, si lex diligentius inspiciatur, venditio tantùm, non reliquæ alienationis species ibi prohibitæ sunt, ut agnoscit *Gloss. ad d. l. ult. in verb. aliis vendere. & c. Clar. d. lib. 4. Sent. c. emphytevsis. q. 15. 17. & 18. Coras. 3. misc. 3. n. 4. Borch. de feud. c. 3. n. 42. Harpr. ad §. adeo. 3. Inst. de locat. n. 337. & seqq.* Quod si tamen pater justa ex causa ad utilitatem filiorum, puta vendendo, vel permutando, servitutem imposuerit, eam perpetuo valere dicendum videtur *Pinell. d. p. 3. n. 96. in fin. Dn. Scip. Gentil. d. c. 16.* 5. Nec emphytevsin in bonis maternis constituere pater potest, *arg. l. ult. de reb. alien. non alien. juncta h. l. nr.* quoniam licet emphyteutæ Domini non fiant, jus tamen reale & perpetuum in eos transfertur, *l. 1. §. 1. ff. si ager vectig. i. e. emphyt. pet. §. adeo. 3. Inst. de locat. conduct.* Sed hic dubium incidit de locatione An pater bona liberorum materna locare possit? Et de locatione ad modicum tempus, res expedita est, utpote quæ nec Dominium, nec possessionem transfert, sed detentionem tantùm & jus utendi fruendi. *l. non solet. 39. ff. locat. conduct. l. cum manu. 80. §. ult. ff. de contrah. emt.* de ea verò, quæ ad longum tempus contrahitur, (puta ad decennium secundum *Gloss. in l. ult. ff. d. t. si ag. vectig. & c. emphyt. pet. Pinell. d. p. 3. n. 63.* vel ad 30. annos, secundum *Dn. Scip. Gentil. d. tr. c. 17.*) communiter tradunt, patri ita locandi potestatem haud competere, cum utile dominium transferat, adeoq; alienationis quædam species sit. *l. 1. §. 1. & §. quod ait. 3. ff. de superfic.* post alios à se allegatos, *Pinell. d. p. 3. n. 64. Dn. Scip. Gentil. d. c. 17. Verùm d. l. 1. de superficieb.* non de quavis locatione in tempus non modicum facta, sed de ea, qua quis superficiem conduxit, ut ibi ædificare liceat, quo casu cum ædificatio non recte fiat nisi à Domino. *§. cum in suo. 30. Inst. de rer. divis.* ei cui jus ædificandi conceditur, utendæ pro arbitrio areæ jus, atq; ita utile (ut Dd. loquuntur) sive quasi dominium tribui videtur. *l. 3. §. 3. ff. de nov. oper. nunciat. l. tutor. 16. §. fin. ff. de pign. act. Wesemb. in π. ff. de locat. n. 9. Arnm. de feud. th. 8.* Nec movet, quod res materna finito usufructu restituenda sit: quoniam nihilominus possessio, quæ penes patrem mansit, una cum jure

per-

percipiendi mercedem restitui potest. *d. l. 39. ff. locati conduct.* & si forte liberi propriis usibus res locatas necessarias esse probaverint, revocare locationem possint. *l. 3. C. de locat. cond.* Excipiuntur tamen casus quidam, quibus patri alienatio rerum maternarum permittitur, ut 1. si necessitas fortè æris alieni, vel legatorum aut fideicommissorum à matre relictorum, id exegerit. *l. ult.* §. *sin autem. 4. intr. de bon. quæ liber.* ratione subjecta, quoniam ea demum bona liberorum esse intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum. 39.* §. *bona. 1. ff. de V. S.* facit, quòd alias quoq; alienationis prohibitione voluntaria tantùm, non necessaria intelligatur. *l. alienationes. 13. ff. famil. ercisc. l. 3. §. 1. & 2. ff. de reb. eorum. qui sub tutel. vel cur sunt &c. Ar. Pinell. d. p. 3. n. 24. Dn. Scip. Gent. d. tr. c. 19.* Ex eod. principio necessariæ videl. alienationis concessæ, fluit etiam illud, quod pater bona materna liberis damnosa, & quæ mora deteriora futura sunt, alienare non prohibeatur. *d. l. ult.* §. *ipsum autem. 5. intr. d. t. de bon. quæ liber.* quemadmodum etiam hereditatis possessori. *l. non solùm. 53. ff. de hered. petit.* tutori & curatori. *l. ult.* §. *ult. supra de administr. tutor. & curat.* ut & heredi de adeunda hereditate deliberanti, hoc casu res vendere licet, *l. Aristo. 5.* §. §. *ff. de jur. delib. Pinell. d. p. 3. n. 26. Dn. Scip. d. c. 19.* Huc quoq; referenda est transactio, quæ licet & alienationis quædam species est, *arg. l. Lucius. 46. §. ult. ff. de administr. & peric. tutor. l. 1. §. 1. ff. de offic. procur. Cæsar.* adeoq; si deminuendi causa fiat tutoribus. *d. l. 46.* & vasallis interdicta. *arg. d. c. imperialis. 2. F. 52. & d. c. imperialem. 2. F. 55. Bald. ad d. c. si controversia. de controvers. int. vas. & al. 2. F. 43. n. 6. ibiq; Andr. de Isern. & Alvarott. Clar. d. lib. 4.* §. *feud. q. 38. Bald. in his terminis nostris ad h. l. n. 2.* tamen necessaria potius, quàm voluntaria esse videtur, cum non nisi de re controversa & litigiosa fieri possit. *l. 1. ff. de transact.* de qua vel litigare cum periculo totius rei, vel transigere dato aliquo vel accepto necesse habet. *arg. l. transactio. 38. supra de transact.* Nec movet exemplum tutoris, qnoniam plus juris habet pater, quàm tutor, ut supra jam monuimus. Neq; vasalli, quem transigere de feudo posse, etiam deminuendi causa verius est, *per textum in c. si de feudo.* §. *si Vasallus de beneficio. 2. F. 26. & d. c. si controver.*

*troverʃ. 2. F. 43.* Ubi non tantùm transactio vaſallo conceditur, ſed etiam expreſsè vaſallus transactionis nomine quid accepiſſe, adeoq; feudi poſſeſſionem in adverſarium transtuliſſe proponitur. *d. §. ſi Vaſallus. 1. F. 26.* nec quicquam amplius requiritur, quam ut bona fide, & absq; fraudulento conſilio transactio fiat. *d. c. ſi controverſia. 2. F. 43.* Idq; ſive cum alio Vaſallo, ſive cum extraneo facta fuerit, ut rectè monet *Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 7. th. 3. lit. D.* Non obſtat igitur, quod feudi alienatio prohibita ſit. *d. c. imperialem. 2. F. 55.* tum quod transactio potius voluntaria, quàm neceſſaria ſit alienatio, ut dictum; tùm quod prohibitio iſta procedat, cum conſtat, feudũ eſſe; transactionẽ autẽ non niſi de re dubia & lite incerta locum habere. *d. l. 1. ff. de transact.* adeoq; cum non conſtat, utrum feudum ſit, de quo controvertitur, an verò non ſit. *Guilh. Hanneton. de feud. lib. 3. c. 6. Arum. d. D. 7. th. 9. Adde Pinell. d. p. 3. n. 46. & Dn. Scip. d. tr. c. 15. & Gœdd. vol. 1. Conſ. Marp. 27.* Deinde excipitur & caſus utilitatis, quando alienatio à patre facta, utilis futura filio eſt, ut pretio ex rebus maternis redacto, aliæ meliores comparentur. *arg. l. ult. §. pen. infr. tit. ſeq. ibiq; Gloſſ. in verb. interdicta & c. l. quæcunq; 4. d. t.* quam Gloſſ. opinionem menti tenendam, monet *Bald. ad d. l. 4. n. 1. & ſeqq. Dd. comm. teſte Pinell. d. p. 3. n. 30.* Neq; infringit hanc communem opinionem, quod facile hac in re fraus admitti poſſet, & pater fingere, eam alienationem filio utilem eſſe. *Dn. Scipio d. c. 19. p. 103.* Reſponderi enim poteſt, de patre fraudem in bonis liberorum non præſumi, utpote qui pro affectu paterno, quem nullus extraneus vincit, ſemper optimum conſilium pro iis capere ſolet. *l. cum furioſus. 7. ſupra de curat. furioſ. vel prodig. l. nec in ea. 22. §. ult. ff. ad l. Jul. de adult.* maxime cum ſciat, pro adminiſtratione omnia ſua bona liberis hypothecæ ſuppoſita eſſe, *l. ſi prioris. 8. §. ult. ſupra de ſecund. nupt.* Reſtat, ut de vi hujus interdictionis pauca adjiciamus, quæ in ipſa *h. l. nr.* ſatis exprimitur, ut eam contra leges factam, filius revocare, & res vindicare poſſit, ita, ut ne quidem longi temporis ipſi obſtet præſcriptio, ut ſupra quoq; attigimus. Ubi dubium incidit, an venditio, vel alia à patre facta alienatio, ipſo jure nullius momenti ſint, ita, ut neq; filio, neq; patri, ejusq; fidejuſſoribus noceat? Quod affirmandum videtur, *tum arg. l. non dubium. 5. ſupra de legib. & l. juriſg. 7. §. & ge-*

neraliter. 16. ff. de pact. in quibus textibus alienatio contra legem facta ipso jure non valere dicitur, tum per *Nov. 22. c. 24.* ubi scriptum est: ejusmodi factum patris alienantis pro non gesto, pro non scripto habendum esse. Sed negativa verior est, tum quod venditio sive alienatio rei alienæ aliàs quoq; valeat, *l. rem alienam. 29. ff. de contrah. emt.* tum quod *h. l. nr.* quidem prohibita sit alienatio, sed simul remedium filio propositum, quo eam impugnare, & rem vindicare possit, quod argumēto est, alienationem ipso jure valere, & à filio revocari & rescindi posse, ut rectè monet *Dn. Scipio d. tr. c. 18.* Unde non obstat *d. l. 9. supra de legat. & d. l. 7. §. 16. ff. de pact.* utpote quæ in iis loquuntur terminis, quando aliquid simpliciter ac absolute prohibitum est, quod si factum fuerit, meritò pro infecto habendum sit. Neq; contrarium scriptum est *in d. Nov. 22. c. 24.* in quo textu, & seqq. verba, quæ filio vindicationem concedunt, facilè ostendunt, in prioribus non aliter alienationem pro non facta habendam, quam quatenus à filiis per vindicationem rerum revocari vel rescindi possit. Sed an etiam ab ipso ipso patre alienāte ea revocari vel rescindi poterit? Ita sane dicendū, *arg. l. quēadmodum. 7. intr. de agric. & censit. lib. 11. & c. si quis presbyterorum. 6. extr. de reb. Eccles. non alienand.* Non obstante eo, quod nemo contra factum suum venire, vel audiri debeat. *l. cum profitearis. 4. intr. de revoc. donat. l. post mortem. 25. ff. de adopt.* item quod eum, quem actio evictionis tenet, agentem repellat exceptio. *l. vindicantem. ff. de evict.* Nam ubi lex alienationem prohibet, & is, qui alienat, non dominus sed tantùm administrator est, non procedit dicta regula, sed ipsi etiam alienanti, quamdiu administratio durat, potestas revocandi conceditur. *arg. d. l. 7. intr. de agric. & Cens. & d. c. 6. de reb. Eccles. non alien.* quemadmodum cum non suo, sed procuratorio nomine (veluti hîc filii nomine pater) revocat, regula *d. l. 17. de evict.* impedimento non est, utpote quæ aperte de eo casu loquitur, quo quis propter novum jus, quod postea nactus est, suo nomine rem alienatam revocare intendit. *Gloss. ad tit. Inst. Quib. alien. licet. &c. verb. interdicta, & Dn. Scip. Gentil. d. c. 18.* qui videri potest. Et hæc quæ de alienatione interdicta, & vindicatione dicta sunt, adeò procedunt, ut liberis nulla possit opponi præscriptio

*h. l. nr. in fin.* Quod expeditum est in casu legis nostræ, quo pater usumfructum habet, quod si verò filius bona materna fortè possideat, pleno Dominii jure, secundum *Nov. 117. c. 1.* ipsi omnino præscriptionem currere dicendum est. *arg. Auth. quod locum. supra de Collat. Bald. ad Auth. seq. pr.*

## Ad Auth. Nisi tricennale.

Quod in *l. praced.* habetur de præscriptione, id de longi temporis præscriptione, 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, accipiendum est, ut supra attigimus. Nam longissimi temporis, sive 30. vel 40 annorum præscriptio etiam liberis currit, ut si post alienationem à patre factam tricennale tempus transierit, adeoq; possessores Domini facti fuerint, omninò à vindicatione excludantur, *h. Auth. nr. & Nov. 22. c. 24. in fin.* Ubi notandum obiter, *Petrum* & nonnullos male hîc legere: triennale, tùm propter *d. Nov. 22. c. 24. in fin.* ubi expressè ita legitur: tum propter l. præced. in qua procul dubio præscriptio ordinaria, adeoq; etiam triennalis intelligenda est, tùm per *l. si cui. 3. intr. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi æquè ac hîc, pupillaris ætas à præscriptione 30. annorum eximitur. *Ar. Pinell. ad h. Auth. n. 1.* Continet enim hæc Auth. 1. limitationem ad l. præced. ut dictum; deinde duplicem ejus limitationis restrictionem. Ratio limitationis hujus *à Castrens.* & aliis redditur, quoniam in præscriptione longi temporis titulus exigitur, *pr. Inst. de usucap. l. 4. infr. de præscript. long. temp.* lege autem alienationem prohibente, titulus nullus est. *d. l. 7. in fin. supra de agric. & cens.* Quæ ratio non immerito displicet *Pinell. hîc n. 4.* quoniam ita demum prohibitio alienationis defectũ tituli & malam fidem inducit, si emtor, vel alius accipiens prohibitionem istam sciverit. *d. l. 7. in fin. & l. si ab eo. 12. ff. de usucap. & usurpat.* aliàs & putativum titulum, si emtor in facto erraverit, & erroris justam causam habuerit, sufficere patet, *ex l. quod vulgo. 11. ff. pro emtor. l. ult. ff. pro suo, l. 2. §. 9. 15. & 16. ff. d. t. pro emtor.* Vera igitur ratio esse videtur in favore liberorum, ne ipsis ignorantibus, per factum patris administrantis damnum inferatur, cum dolus alterius alteri nocere, vel damnum inferre non debeat, *l. electio.*

26. §.

*26. §. ult. ff. de noxal. act.* Longissimi verò temporis præscriptio ideò & liberis currit, ne aliàs possessiones rerum alienatarum nullo unquam tempore tuti fierent, & dominia rerum in incerto semper manerent, contra *d. pr. Inst. de usucap. l. 1. ff. eod. & d. l. ult. ff. pro suo.* quemadmodum aliàs etiam hâc præscriptione omnia regulariter jura extingui constat, *ex d. l. 3. intr. de præscript. 30. vel 40. annor.* Ex eo, quod hic in textu dicitur per lapsum tricennalis temporis possessorem dominum fieri, dubium oritur, an per quamvis præscriptionem possessor dominium sibi adquirat? Et *Gloss.* quidem hîc distinguit, ut per usucapionem quidem triennii, sive rerum mobilium, verum possessor acquirat dominium. *d. pr. de usurp. & l. 3. ff. eod. tit.* per præscriptionem verò longi temporis, sive rerum immobilium, ut & præscriptionem longissimi temporis, utile tantùm dominium consequatur. *arg. l. 1. §. ult. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* quam opinionem probat *Bart. hîc, ut Dd. communiter,* teste *Schneid. ad d. pr. Inst. de usucap. n. 69. & seqq. aliquot. Bald. ad h. Auth. nr.* distinguit, utrum præscriptum quid sit, contra scientem & patientem, ut tunc quasi ex tacito consensu directum sit quæsitum dominium: an verò contra ignorantem, & tunc utile tantùm, cum propter defectum consensus dominium juris gentium sublatum non sit: quam tamen distinctionem ipse rejicit, ad *c. ult. extr. de præscript.* & refellitur *per l. ult. in fin. intr. de præscript. long. temp.* ubi quoad præscriptionem differentia inter scientiã & ignorantiam apertè tollitur. Verum communis ista Dd. opinio (quam *Joh. Glossatoris* antiqui fuisse, refert *Gloss. hîc*) præterquam quod distinctionem dominii in directum & utile præsupponat, (quæ juri nostro satis convenire non videtur, ut notat *Giph. de differ. jur. th. 35. Cujac. 11. obs. 35. Donell. 9. Comm. 14. ibiq́; Hillig. lit. Q.*) textui *in d. pr. Inst. de usucap. & l. un. intr. de usucap. transform.* satis conveniens non est, ubi Justin. eundem effectum, Dominii videlicet acquisitionem tàm longi temporis præscriptioni, quàm triennii usucapioni expresse tribuit: quemadmodum & in hoc textu nostro in possessiones longissimi temporis dominium transire scriptũ est. Verior igitur est *Martini Glossatoris* opinio, (cujus opiniones alias plerunq; rejici, notat *Pinell. hîc n. 36.*) quod indistinctè

per usucapionem triennii, sive per longi, sive per longissimi temporis præscriptionem unum idemq; verum adquiratur dominium, si modo ultima hæc etiam bona fide processerit. *l. si quis 3. §. 1. intr. d. t. de præscript. 30. vel 40. annor. & h. Auth. nr.* Nam si mala fides ab initio adfuerit, exceptionem tantùm temporis contrà quemcunque, etiam ipsum Dominum se tueri possessor poterit, *d. l. 8. §. 1. A-ri. Pinell. ad h. Auth. n. 28.* Nec quicquam obstat *d. l. 1. §. ult. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* utpotè quæ de servitutibus loquitur, quæ ut Dominium propriè non recipiunt, ita ad probationem dominii utilis minus rectè adducuntur, aliàs ibi vicem servitutis habere dicuntur, non quod veræ servitutes non sint, sed quod vicem sustineant earum, quæ pactionibus vel ultimis volútatibus adquiruntur, eũ eundem effectum habeant, *l. si quis 10. ff. de servit. & aqua. Adde Donell. 5. controv. 70.* Procedit autem Auth. hujus nostræ decisio, non tantùm in lucris nuptialibus, de quibus *d. Nov. 22. c. 24.* expresse loquitur; sed etiam de aliis bonis adventitiis, ut in iis quoq; nulla, nisi longissimi temporis præscriptio liberis noceat; ubi enim eadem eadem est ratio, ubi & eadem juris dispositio esse debet. *l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. ult. supra ad l. Falcid. Gloss. ad d. Auth. nr.* Et hæc de ipsa limitatione *l. praced.* Sublimitatur ea, uti supra dictum, dupliciter: 1. ut non currat hæc præscriptio, nisi postquam liberi ex potestate patris exierint, *h. Auth. nr.* quoniam in potestate constituti in adventitiis agendi facultatem nullam habent, *l. 1. & l. quacunq; 4. intr. tit. seq.* agere enim non volenti, nulla currit præscriptio, *l. 1. in fin. intr. de annal. except.* Si videlicet juris impedimentum fuerit, ut jure rem in judicium deducere impediatur; Si verò impedimentum facti sit, etiam ex justissima causa, præscriptio non cessat, sed ex causa in integrum restitutio conceditur, ut rectè *Bald. ad l. praced. n. 6.* Adde omninò *Arium Pinell. hic, n. 42.* Hinc non malè infertur, licet justam ignorantiam, quam facti impedimentum esse constat, præscriptioni non obstare. Sed an restitio propter eam tribuenda sit, non æquè expeditum est. Vulgo enim Dd. clausulam (si qua alia justa causa &c.) *in l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. major. 25. ann. in integr. restit.* etiam ad justam ignorantiam extendunt, quamvis diversimodè, ut videre est apud *Arium Pinell.*

*adh. Auth. nr. n. 58. & seqq.* Verùm hæc opinio, quamvis communis sit, & usu forensi recepta, teste *Boër. dec. 112. n. 9. & Gail. 2. obs. 19. n. fin.* juri tamen nostro satis convenire non videtur, tum quod fini præscriptionis, qui est lites & incertitudinem dominiorum tollere, *pr. Inst. de Usucap. l. 1. ff. eod. l. 5. ff. pro suo.* plane contrarietur: tum propter textus satis expressos, *in l. ult. intr. de præscript. long. temp.* ubi nulla scientia vel ignorantia expectanda, *in l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi omnis defensio contra præscriptionem 30. annorum negatur. *l. 4. C. eod.* ubi post 40. annos plenissima munitio & securitas tribuitur. *l. ult. C. de fund. matrimonial. lib. 11.* ubi post expletum tempus possessores nullam molestiam aut inquietudinem formidare jubentur. Ex quibus textibus facilè colligitur, non ordinarium tantùm remedium, ut Dd. vulgò existimant, sed & extraordinarium hoc restitutionis in integrum excludi, & plenissimam liberationem per præscriptionem contingere. Nec obstat *d. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. major.* Respondetur enim clausulam istam non de ignorantia, sed alia forte absentiæ vel simili justa causa accipiendam esse, ut ex ipso contextu penitius inspecto colligitur. Sic non movet, quod nihil imputari posse videatur illi, qui ignoravit. Respondendum enim est, præsumtam hîc quandam ignorantiam esse, *arg. l. alienare. 28. ff. de V. S.* Deinde non debitoris tantùm personam, sed & bonum publicum hîc maximè attendi, & possessoris personam, cui post tantùm temporis spacium, rem auferri iniquum planè fuerit. *arg. l. 1. ff. de usurpat. & usucap.* Deniq; parum ad rem faciunt. *l. 1. 8. si quis. 9. ff. de itiner. actuq; priv. l. & Atilicinus. 35. ff. de servit. rust. præd.* in quibus non propter ignorãtiam, sed propter justissimum impedimentum, nec tamen contra tanti ti temporis spatium succurritur. *Pinell. d. loc. n. 59. Fachin. 1. contr. 69. Treutl. vol. 1. D. 11. th. pen. lit. A. ibiq; Bach.* Et hanc opinionem etiam approbavit *Elector. Saxon. p. 2. Const. ubi vide Dan. Moller.* Superest altera sublimitatio hîc in textu posita, quòd impuberi filio præscriptio hæc non noceat. Contra ætatem enim pupillarem nec incipit præscriptio, nec contra defunctum cœpta currit, sed durante eâ ætate omnis præscriptio cessat atq; dormit. *l. si communem. 10. ff. quemadm. serv. amitt. ibiq; Gothofr. l. bonæ fidei. 48. in fin.*

*fin. pr. ff. de adquir. rer. domin. l. 3. verſ. pupillari &c. C. de præſcript. 30. annor. &c. Gœdd. ad d. l. 28. n. 18. ff. de V. S. Vult. ad pr. Inſt. de Uſucap. n. 16. Weſemb. in ᴫ. ff. de uſurp. & uſucap. n. 14.* Aliud viſum *Cujac. 24. obſ. 14.* qui diſtinguit inter res pupilli mobiles & immobiles, ut hæ quidem, non illæ uſucapi vel præſcribi prohibeantur, per textum *in l. 4. §. ſi pupilli. 11. ff. de uſurpat. & uſucap. l. ſi fundum. 7. §. ſi tutor. 3. ff. pro emt. l. 2. §. ſi à pupillo. 15. ff. d. t.* Verùm priores duæ leges tantùm oſtendunt, quando & quomodo re pupilli ſurrepta vitium, quo affecta eſt, purgetur, non ut nunc, ſed ut aliquando uſucapi poſſit: niſi enim purgatum fuerit, ne quidem pupillo majore effecto uſucapi poterit *§. furtiva. 2. Inſt. de uſucap.* Ultima verò non de re pupilli, ſed aliena à pupillo emta ſatis apertè loquitur. *Gœdd. d. loc. Donell. 5. Comm. 23. ibiq; Hillig. lit. C.* Aliter diſſentit *Donell. alleg. loc.* contra ipſum quidem pupillum nullam incipere præſcriptionem poſſe, ſed cœptam contra alium, fortè patrem pupilli, rectè contra eum impleri exiſtimans: quæ etiam *Duar.* videtur opinio, *ad tit. Cod. intr. ſi advérſ. uſucap.* Sed & hæc ſententia facilè refellitur, *per d. l. 3. C. de præſcript. 30. annor.* ex qua cum præſcriptionem 30. annorum contra pupillorum non continuari, omnes concedant, multominus alias minoris temporis præſcriptiones cõtinuari dicendum eſt. *Bach. ad Treutl. d. D. 11. th. 3. lit. H.* Nec obſtat *l. etiam ei. 45. ff. de minor.* quoniam ibi uſucapio non adverſus pupillum, ſed ejus patrem cœpta fuit, & completa etiam antequam pupillus naſceretur, ut rectè *Cujac. d. lib. 24. obſ. 14.* Idem reſpondetur *ad l. ſi infra. 8. C. de non num. pec.* ubi tota etiam præſcriptio contra defunctum completa fuit. Minus movet *l. un. ſupra ſi adverſ. uſucap.* quoniam ea nõ ad pupillos, ſed ad minores in ſpecie dictos pertinet, contra quos currit præſcriptio ſive uſucapio, ſi contra defunctum cœpta fuerit, ſed minores reſtituuntur in integrum. *d. l. un. ſi adverſ. uſucap. ibiq; Gloſſ. & Dd.* Quod etiam in præſcriptione longiſſimi temporis procedere volunt, ut ea contra minorem quidem currat, ſed is poſtea reſtituatur in integrum *Gloſſ. ad l. 3. intr. de præſcript. 30. vel 40. annor. Fran. Caldaſ. ad l. 3. verb. ſua. facilitate. n. 48. ſupra de in integr. reſtit. minor. Zang. de Except. p. 3. c. (mihi) 8. n. 57.* Sed vereor, ut hæc opinio juri noſtro

nostro conveniat, quo minoribus eodem modo, quo majoribus tempora 30. annorum servanda præscribuntur, *in d. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & l. ult. supra. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est.* Quemadmodum ergo majoribus per restitutionem contra lapsum tanti temporis non subvenitur, ita nec minoribus subveniri dicendum est. *Ant. Fab. in C. suo lib. 2. tit. 23. n. 4. Bened. Carpzov. in Jur. forens. p. 2. Const. 9. def. 2. n. 6. & seqq.*

## Ad L. Quicquid. 2.

Quod *in l. 1.* de bonis maternis dictum est, id hîc ad omnia, quæ à linea materna, (puta ab avo avia, proavo proavia) ad liberos perveniunt, extenditur, ut & in illis etiam usumfructum tantùm habeat, & alienare vel obligare ea omninò prohibeatur. *h. l. nr.* Neq; superflua hæc extensio credenda est. Quamvis enim alias liberorum appellatione omnes descendentes, *l. justa. 201. l. liberorũ. 220. ff. de V. S.* & matris nomine omnes in ea linea ascendẽtes contineantur, *arg. l. 4. §. 2. ff. de in jus voc.* tamen id non procedit, quando vel legi, vel juri alterius derogatur: quemadmodum hoc casu, quo tàm juri patris, quàm legi antiquæ, quà omnia per liberos patri adquirebantur, apertè derogatur, appellatione matris ascendentes, vel liberorum nepotes non continentur, sed legis extensio necessaria fuit, ut rectè monet *Bald. ad h. l. nr.* Præterea verba illa *non procul à fine defuncto eo*, *Placentinus* de filio accipit, quasi filii morte ususfructus patris extingueretur, ut refert *Gloss. ad h. l. nr.* Verùm minus rectè, cùm ad patrem potius referenda sint, ut videl. tanquam fructuario defuncto, ususfructus quoq; pereat, & cum proprietate consolidetur. §. *pen. & ult. Inst. de usufr.* Nã proprietarii morte ususfructus nõ extinguitur, uti patet ex *l. ult. §. 1. supra ad SCt. Tertull. Gloss. & Bart. ad h. l. nr.* Demq; ad finẽ l. ubi habetur: *ex parte* legendũ esse *ex patre*, monet *Cujac. 18. obs. 9. in f.* quã lectionem agnoscit etiam *Gloss. ad d. h. l. nr.* Sed & vulgata lectio sustineri potest, si modò coheredes ex parte de fratribus accipiamus, non de extraneis heredibus, quibus alias quoq; liberos defuncti propria sua bona non conferre expeditum est. *l. ult. supra de Collat.*

Ad L. Si viva. 3.

Singularis planè h. legis casus est, quo parenti non tantùm per liberos in potestate constitutos, sed etiam per emancipatos (quos alias sibi, non patri, adquirere constat, *l. 1. pr. ff. si à patr. quis manum.*) in bonis maternis ususfructus adquiritur. Nam si uxor decedat, relicto marito & liberis, sive in potestate patris constitutis sive ab eodem viva matre emancipatis, bonorum maternorum proprietas quidem ad liberos, ususfructus ve. ò ad maritum, sive liberorum ad patrem pertinet, ita, ut in parte eorum, qui in sacris adhuc existunt, solum usumfructum, in emancipatorum verò virilem portionem accipiat. *h. l. nr.* Ratio decidendi quoad liberos in potestate constitutos, est jus patriæ potestatis, *arg. §. 1. verf. ult. Inst. per quas person. cuiq. adquir. & l. oportet. 6. intr. tit. prox.* quoad emancipatos & reliquos, qui in potestate non sunt, solatium amissæ uxoris, *arg. l. jure succursum. 6. ff. de jur. dot.* & honor benè transacti matrimonii, *arg. l. unum ex familia. 67. §. ult. ff. de legat. 2.* & ne omninò privetur iis bonis, quæ vivâ uxore, tanquam Dominus, possidebat, juxta *l. doce ancillam. 9. supra de rei vindic. Gloss. ad h. l. nr. ibiq. Bald. n. 4. Ar. Pinell. n. 4. & 5.* Sed vereor, ut ultima hæc ratio satis rectè se habeat, cum dotem tantùm dominii jure maritus possideat, *pr. Inst. Quib. alien. lic.* in paraphernis autem, sive reliquis mulieris bonis, ne administrationem quidem & usumfructum, nisi consentiente muliere, habeat. *l. si ego. 9. §. ult. ff. de jur. dot.* ut agnoscit etiam *Bald. d. n. 4.* Unde haud probanda videtur *Gloss. & Dd.* opinio, quod *hæc l. nostra*, non contineat successionis inter conjuges speciem, qua ad maritum ex defunctæ uxoris bonis virilis portio ususfructus devolvitur, adeoq; ea potius sub *tit. supra unde vir & uxor.* poni debuerit. *Ar. Pinell. n. 10. & seqq. aliquot.* Quãvis enim pater etiam cum nepotibus ex filio emancipato, vel filia descendentibus (quos nunquam in potestate habuit, adeoq; nec emancipare potuit) in usufructu bonorum maternorum concurrat; tamen non jure successionis, sed jure patrio, ob rationes supra allatas, hoc contingit, aliàs & matrem in bonis paternis una cum liberis quoad virilem ususfr. portionem succedere, dicendum foret, cum successiones inter conjuges æquales & reciprocæ esse debeant.

arg.

*arg. l. un. & Auth. praeterea. supra und. vir & uxor.* Quod tamen nec *h. l. nr.* nec ullâ alia statutum reperitur. Procedit igitur hæc decisio, non tantùm in liberis, sed etiam in nepotibus, sive ex filiis in potestate constitutis, sive emancipatis, sive filiabus nati fuerint. *d. h. l. nr.* ubi ratio redditur, ne aliàs filii deterioris sint condicionis, quam nepotes: *d. l. nr. vers. nam licet. &c.* Quæ tamen ratio & regula fallit, si alia sit nepotis & filii ratio. V. gr. fortè Princeps decedat relicto filio secundo genito, & nepote ex filio primogenito, nepos hic filio præfertur, propter jus genituræ, quod ad nepotem hunc potius, quàm fratrem translatum esse censetur, cum & jure communi nepotem filium repræsentare, & in ejus locum succedere expeditum sit. *§. cum filius. 6, Inst. de hered. qua ab intest. defer.* Adde, *qua de hac quæstione supra ad l. 3. de suis & legit. hered. à nobis dicta sunt.* Sic quoq; si avus quis ex filio naturali nepotem habeat, sive legitimum, sive naturalem, liberis justis non existentibus, filio quidem non nisi sex uncias, *l. humanitatis 8. supra. de natural. lib.* nepoti verò totam suam substantiam relinquere potest; *l. ult. supra d. t.* quoniam in filio paternum vitium refrenandum est, ut ait *d. l. ult.* Et hanc decisionem etiam ad Spurium & nepotem ex eo prognatum *Dd.* accommodant, ut spurius quidem institui heres nequeat, nepos autem ex eo non prohibeatur: quoniam odii & prohibitionis ratio, quæ in filio est, in nepote cessat: *arg. d. l. ult. de natural. liber.* Quod admitti potest, si vel nepos quoq; illegitimus sit, vel aliàs avus ita disponat, ne hereditas aut ususfructus ejus ad filium pertineat: qui enim ipse à bonis vel successione alicujus excluditur, non debet ex persona filii per obliquum ad eam admitti, *l. quæritur. 38. ff. de bon. libert. Ar. Pinell. ad h. l. nr. n. 22. Pach. 5. controv. 97. Gail. 2. obs. 115. n. 5.* Deinde *d. h. l.* decisio non antiquo tantum, sed etiam novo jure obtinet, quo licet generaliter constitutũ sit, ut descendẽtes in successione adscendẽtes excludant. *Nov. 118. c. 1.* tamẽ id ad usumfructũ extendendum non est, *arg. d. Nov. 118. c. 2.* ubi ususfructus tantùm in portionibus, quas liberi à se invicem, sive fratres à fratribus capiunt, sublatus legitur: maximè cum hæc lex specialis plane sit, adeoq; generali correctioni non subjaceat. *Ar. Pinell. hic. n. 15.* Limita-

mitatur autem ut locum habeat ista decisio tantùm in bonis maternis, non aliis adventitiis, quæ liberis emancipatis & ex filiabus descendentibus pleno jure adquiruntur, *arg. l. cum oportet. 6. intr. tit. seq.* Deinde moribus & consuetudine aliud receptum est, & avo per nepotes ex filia, vel etiam filio emancipato ususfructus in bonis aviæ non adquiritur, ut monet *Pinell. hic. n. 12.*

## Ad L. Ult.

Quæ de usufructu in bonis maternis parenti adquirendo hactenus dicta sunt, eo extendûtur, ut nec per transitum ad secundas nuptias amittatur, *h l. nr. & Nov. 22. c. 34.* ubi Justin. non tantùm h. l. confirmat, sed etiam ad omnia adventitia extendit. Dubitandi ratio esse potest, quod conjuges per transitum ad secundas nuptias tàm defunctorum, quàm liberum prioris matrimonii animas contristent, & injuria afficiant. *d. Nov. 22. c. 20. & c. 43.* Decidendi verò ratio est, quod ususfr. semel legitimè constitutus, non nisi justis & certis causis vicissim extingui debet. *§. pen. Inst. de usufr. & tot. t. ff. quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Ex *h. l. deducit. Bart. Bald. Alexand. & Dd.* communiter, quod viduus & vidua in priori adhuc matrimonio durare intelligantur, adeoq; honoribus & & privilegiis iisdem adhuc gaudere & frui possint. *l. filii 22. §. vidua. 1. ff. ad munic. l. fæmina 8. inf. ff. de Senat.* si videl. honeste vixerint: nam si stupris & fornicationibus se polluerint, prioris thori honores meritò amittunt, *per l. his solis. 8. infr. de revoc. donat.* Sed an vidua si stuprum committat, æque perdat dotem, ac si adulterio se polluisset? Et pro affirmativa consuluit *Paul. de Castr. cons. 20. & Cons. 147. ut refert Alex. innot. ad Bart. & Jul. Clar. 5. Sent. §. stuprum. n. 5.* eamq; opinionem communem esse fatetur *Boër. decis. 338. nu1.* Sed negativa verior est, tùm per textum *in Nov. 39. c. 2. &c. 2. §. fin.* ubi vidua ex stupro intra annum luctus commisso, punitur tantùm amissione lucri, quod ex bonis mariti aliàs habitura erat: tum quod nulla lex pœnam hanc statuat, adeoq; nec nos eam inducere debeamus, *arg. l. si quis. 14. §. Divus 14. ff. de relig. & sumt. fun. Duar. in l. 2. ff. solut. matrim. Ar. Pinell. n. 10.*

*hic n. 10.* Et hanc opinionem magis communem esse,& in praxi etiam servari, testatur *Boër. d. decis. 338. in fin. & Clar. d. §. stuprum n. 5. in fin.* 2. Ex eodem hoc textu, & iisdem verbis: *in priore matrimonio permanere &c.* colligit *Richard.* mulierem viduam ex bonis mariti alendam esse, ut refert *Bald. n. 1. & Pinell. n. 5.* Quod *Bald.* admitttit quoad fructus dotis, & si mulier non habeat, undè se alat; aliàs enim cum non amplius operetur marito, ipsam se alere debere. *arg. l. sicut. 48. in fin. pr. ff. de oper. libert.* Verùm verba ista *l. nostra,* ad jus alimentorum extendenda non sunt. *arg. l. 3. §. affinitatis. 1. ff. de postul.* ubi regulariter eæ demum affinitates intelligantur, quæ præsentes sunt, non quæ quondam fuerunt; & *per Auth. Praterea, supra und. vir & uxor.* ubi mulieri in casu inopiæ aliter consulitur, & quarta vel virilis portio ex bonis defuncti mariti tribuitur. Adde *Pinell. n. 8.* qui rectè monet, extra casum, quo dos mulieri restituenda est, & non restituitur, mariti heredes ad præstationem alimentorum non teneri, per *Gloss. in l. un. & cum autem 7. vers. exactio. supra de rei uxor. action.* Deniq; ex principali decisione hujus textus, deducit *Bald. n. fin.* quod, si ex consuetudine vel statuto mortua uxore lucretur partem dotis, id lucrum per transitum ad secundas nuptias non amittat; quoniam lucrum hoc non ab uxore, sed legis providentia consequatur. *arg. d. Nov. 22. c. 33. in fin.* Quam opinionem *Bald. Dd.* eo extendunt, ut nec proprietatem quidem liberis prioris matrimonii servare teneatur, ut notat *Pinell. n. 2.* Sed hanc sententiam ipse *Bald.* rejicit, & aperte tenet, imò liberis proprietatem hoc casu servandam esse, *ad Auth. ex testamento. supra de secund. nupt. n. 6.* Statuta enim in dubio ita accipienda sunt, ut quam minimum recedant à jure communi. *Matth. Wesemb. vol. 1. Cons. 14. n. 10.* & quando possunt duo, aut unum operari contra jus commune, interpretatio ita fieri debet, ut unum potius operetur, quam duo. *Dan. Moller. lib. 4. Semestr. c. 4. n. 9. Gœdd. vol. 1. Cons. Marpurg. 26. n. 114. Adde Pinell. d. n. 2. & 3.*

Ad

## AD TIT. LX.

### De bonis quæ liberis. &c.

Continuatio ad præced. tit. expedita est. Postquam enim de bonis maternis, eorumq; jure dictum, de reliquis etiam bonis, quæ liberis in potestate paterna constitutis adquiruntur, eorumq; administratione tractatio meritò subjicitur. *Gloss. & Dd. ad h. t.*

### Ad L. I.

Quemadmodum bona materna, & materni generis liberis, quoad proprietatem, parenti in cujus sunt potestate, quoad usumfructum, adquiruntur; ita quoq; circa lucra nuptialia observari convenit, ut quicquid vel uxor marito, vel maritus uxori quocunq; titulo, vel jure contulerit id patri nullatenus adquiratur, *h. l. nr.* Hîc obiter notandum, per matrimonium sive nuptias, patriam potestatem non dissolvi, sed tàm filiam, quàm filium etiam post contractas nuptias, in potestate parentum manere, *h. l. nr. §. postea. 2. Inst. de SCt. Tertyll. & l. filii 6. ff. eod. tit.* Non obstat, quod nemo in duorum potestate esse possit, *l. si eveniet. 21. ff. ad l. Jul. de adult.* filia autem nubendo in mariti potestatem transeat, *arg. l. familiæ. 196. §. 1. ff. de V. S.* adeoq; ipsi, non patri adquirere debeat. *l. ficus. 40. ff. de oper. libert.* Respondetur enim, potestatem duplicem esse, patriam videlicet, & maritalem, & hinc adquirendi quoq; rationem duplicem, ita, ut licet in potestatem mariti transeat, eiq; ex operis suis adquirat, nihilominus tamen in potestate parentis remaneat, & ipsi hereditatis, alioq; titulo & jure saltem quoad usumfructum adquirat, *d. h. l. nr. ibiq; Bald. n. 1.* Verùm jure Longobardorum, & moribus nostris, si pater filiam in matrimonium collocet tacite eam emancipare intelligitur, ut notat *Sichard. ad l. ubi adhuc. 29. n. 16. supra de jur. dot. Wesemb. in π. ff. de adopt. n. 7. Harpr. ad d. §. 2. Inst. de SCt. Tertyll. in fin.* Quod uti apud Gallos, Burgundos & alios receptum est, referente *Eguin. Baron. ad pr. Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv. part. post. comm. Jac. Curt. 3. Conject. 33.* ita in Germania nostra perpetuum non esse, patet ex *Reform. Noric.*

*Noric. tit. 29. l. 5. §. 2. & Jur. Saxon.* quo licet filia per matrimonium potestate patris liberetur, filiam tamen in potestate manere verius est, per ea, quæ habet *Bened. Carpzov. in Jur. Forens. p. 2. Cōst. 10. def. 2. & 3. Matth. Coler. decis. 222. & ibi Frider. Pensold. in addition.* Deinde ex hoc textu infert *Bart.* quod dos, quæ filiofam. ex dispositione statuti post mortem uxoris adquiritur, ad bona adventitia pertineat, adeoq; in divisione hereditatis paternæ fratribus conferenda non sit. *l. ult. supra de collat.* Et hanc opinionem etiam probat *Bald.* repudiata *Dyn. & Cyn.* contraria opinione *ad Auth. ex testamento. supra d. t. de Collat. n. 11.* Sed hæc sententia difficultate non caret, ut videre est apud *Dec. Cons. 67.* qui tandem eo inclinat, quod si mortuo patre, filio lucrum dotis advenerit, ipse solus habeat, nec cum fratribus communicare teneatur, si verò vivo adhuc patre dotem lucretur videndum, quis onera matrimonii sustinuerit, ut si parens, lucrum istum patri accedat, sin filius, ipsi quoq; soli adquiratur, *arg. l. actione. 65. §. ult. & l. seq. ff. pro Socio.* Verùm quicquid sit, *Baldi* supra relata opinio præferenda videtur, cum dos ista non ex re patris profecta sit, adeoq; profectitio peculio accensari nequeat, sed ex bonis uxoris, & dispositione statuti delata sit, & consequenter adventitio peculio adnumeranda, *arg. h. l. nr. & l. 3. intr. h. t.* ideoq; fratribus minimè conferenda *d. l. ult. supra de Collat.* Non obstat *d. l. 65. §. ult. cum l. seq. ff. pro Socio*; utpote quæ de Societate, ejusq; divisione aperte loquitur. quo casu, si onera matrimonii Societas tulit, meritò dotis quoq; lucrum commune esse, & inter Socios dividi debet. Neq; movet, quod in facti specie, quam *Dec. loc. alleg.* tractat, parens, non maritus onera matrimonii tulerit, Dos autem apud eum esse debet, qui onera matrimonii sustinet, *d. l. 65. §. ult. ibiq; Gothofr.* Respondetur enim id eo pertinere, ut parens constante matrimonio dotem habeat, & pro oneribus matrimonii fructus lucretur; post obitum verò ejus, quemadmodum uxor & liberi filium sequuntur, ita onera quoq; matrimonii, & dos ad ipsum pertinere debent. *arg. l. si is. 56. §. 1. & 2. ff. de jur. dot.* idq; eo magis, quod ratio statuti non in oneribus matrimonii ferendis, sed in ipso matrimonio, & in solatio amissæ uxoris consistere videatur, *arg. l. 6. ff. d. t.*

Ad

Ad L. Constitucionis. 2.

A regula præced. l. de lucris nuptialibus patri non acquirendis, excipiuntur ea, quæ à patre ipso profecta sunt, ut videl. dos, vel donatio propter nuptias à patre pro filia vel filio data pleno jure ad patrem revertatur. *h. l. nr.* ubi ratio subjicitur, ne aliàs hac injecta formidine, parentum circa liberos munificentia retardetur, Aliam habet *Pompon. in l. 6. pr. ff. de jur. dot.* ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta: ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret. Quæ enim invidia est, quod à patre, vel ejus occasione profectum est, ut ad eũ revertatur? ut de peculio profectitio quærit Justin. *in §. igitur. 1. Inst. per quas person. cuiq; adquir.* Et hæc expedita sunt, si vel liberi nulli extiterint, aut pactum de dote patri reddenda etiam extantibus liberis adjectum fuerit, *l. si pater. 12. pr. ff. de pact. dotal.* aliàs enim dotem penes maritum propter onera matrimonii manere voluit *Mart. Gloss. antiq. arg. l. si maritus. 46. ff. famil. ercisc. l. ult. §. 1. ff. ut legat. nom. caveatur. l. ullam. 19. supra de Collat. Paul. Bus. ad l. si is. 56. §. 1. ff. de jur. Dot. Ant. Fab. 1. conj. 16. Bronch. Cent. 3. ass. 11. Arum. D. ad ff. 15. th. 19. Treutl. vol. 2. D. 7. th. 11. lit. C. ibiq; Hunn.* Verùm hæ interpretationes textui nostro convenire non videntur: quoniam prior generalitati ejus refragatur, qui cum inter casum existentium, & non existentium liberorum non distinguat, nec nos distinctionem istam inducere debemus, *arg. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act.* posterior verò ex eo corruit, quod pacto præsupposito, Constitutio hæc planè superflua, & non ex lege, sed pacto agendum foret. *arg. l. ex morte 9. supra de pact. convent. tam super dot. ut monet Bald. hic n. 1. Adde Gothofr. ad h. l. nr.* qui rectè docet donationem propter nuptias, vel dotem ipso jure ad patrem reverti. Et si sententiam *Martini* ipsam intueamur, usu quidem fori eam receptam esse fatendum est, ut *Gloss. in l. un. §. taceat. 5 vers. sileat. supra de rei uxor. act. in l. 4. supra solut. matrim. & Guid.* Pap. *cons. 12. n. 8.* Sed legibus tamen minus convenire haud dissimulandum, dum propter generalitatem textus *in h. l. nr. d. lib. 6. pr. ff. de jur. dot. l. 6. in fin. supra eod. tit. l. si ab hostibus. 10. pr. ff. solut. matrim. l. 4. supra eod. tit. l. si Socius. 81. ff. pro Soc. l. quod in uxorem. 13. supra de negot. gest. l. ult. pr. ff. rem*

*ff. rem rat. hab. l. si filiusfam. 17. ff. ad SCt. Maced. l. pater. 71. ff. de evictione. l. 6. supra de collat.* quæ omnes quemadmodum generaliter & indistinctè patri dotis repetitionem tribuunt, ita generaliter quoq; & indistinctè accipiendæ sunt, *arg. d. l. 8. ff. de publ. in rem act.* Neq; enim verosimile est, tot in locis exceptionem istam omissam esse, & nimis durum & divinatorium est, istos textus omnes ad casum non existentium liberorum restringere. 2. propter *l. si pater. 12. pr. ff. de pact. dotal. & l. si dotali. 48. ff. solut. matr.* ubi dos ex pacto propter liberos apud maritum manet. Ergò si nullum pactum ea de re interpositum fuerit, etiam in casu liberorum superstitum dos profectitia ad patrem redibit, argumento sumto à contrario sensu, quod fortissimum in jure nostro esse, constat ex iis, quæ habet *Everh. in Top. loc. 82. 3. per l. inter. 26. §. cum inter 2. ff. d. t. de pact. dotal.* Ubi per pactum, ut filia sine liberis in matrimonio defunctâ, dos patri restituatur, hoc actum dicitur, ut liberis superstitibus dos à marito retineatur: quod sane pactum frustraneum esset & ineptè JCt. pactum illud prius, quod secundum verba inutile futurum erat, ita explicasset si jure communi extantibus liberis dos penes maritum mansisset. 4. quod quemadmodum mortuo patre, tota dos ad filiam pertinet, ita filia defuncta tota ad patrem pertinere debeat. Quam rationem non infringit, quod dos etiam profectitia proprium filiæ patrimonium, adeoq; filiæ magis sit, quàm patris. *l. 3. § ergo. 5. ff de minor.* conseq. comparatio ista patris & filiæ non satis firma videatur. *Giph. ad l. 6. C. de pact. convent. &c.* Nam id secundum quid, & constante inprimis matrimonio verum est; Soluto autem eo, quo dos esse desinit, par utiq; patris & filiæ est ratio, *arg. l. 2. §. 1. & l. 3. ff. solut. matrim. Gloss. ad h. l. nr. d. l. un. §. taceat. vers. sileat. supra de rei uxor. act. & l. 4. supra solut. matr. ibiq. Az. in summ. Bart. ad l. post dotem. 40. ff. solut. matr. n. 28. & 29. Donell. 14. Comm. 6. Ant. Fab.* retractans priorem opinionem. *13. conjectur. Bach. ad Treutl. d. th. 11. lit. C.* Non obstat, quod dos eum sequi debeat, quem onera matrimonii sequuntur. *l. si maritus. 46. ff. famil. ercisc.* Negandum enim est, alimenta liberorum ad onus matrimonii propriè pertinere, cum paterna pietas & ipse naturalis stimulus ad liberorum suorum educationem parentes hortetur, ut

Justin. ait *in d. l. un. verſ. ſileat. ſupra de rei uxor. act.* Accedit, quod profectitiæ dotis hæc natura fuerit, ut mortua in matrimonio filia, ad patrem dotantem rediret. *d. l. 6. ff. de jur. dot.* propterea ipſi jure Civili tributa, ut parentes hac ratione ad dotandas filias invitarentur, & ne aliàs eorum circa liberos munificentia retardetur. *d. h. l. nr. Hotom. D. de dotib. Add. Hieron. Elen. 2. diatribar. jur. c. 4.* Deinde non reſiſtit *d. l. ult. §. 1. ff. ut legat. nom. caveatur*, ubi dos apud maritum, qui filium ex uxore ſuſtulerat, manſiſſe proponitur. Reſponderi enim poteſt, vel textum illum ad dotem adventitiam pertinere, quo omninò eam referendam putat *Hotom. d. D. d. dotib.* vel ibi non hanc de dote quæſtionem tractari, ſed incidenter tantùm ejus mentionem fieri, adeoq; verba illa de dote apud maritum remanente, ad factum, non jus referenda eſſe. Potuit enim de facto proponi, dotem penes maritum remanſiſſe, cum ea de re pactum fortaſſis initum eſſet, *arg. l. 48. ff. ſolut. matr.* quemadmodum textum iſtum intellexit *Johann. antiq. Gloſſ. relatus ab Accurſ. ad d. l. ult. §. 1. ut legat. nom. cav.* Tertiò non adverſatur *d. l. 19. C. de Collat.* in qua non de eo tractatur, an aut quibus caſibus filia in matrimonio mortua dos ad patrem revertatur, vel non revertatur, ſed tantùm conſtituitur, ut quando liberis dos acquiritur, (quod multis caſibus contingere poteſt, puta ex pacto, vel filià poſt patrem decedente) ea cæteris liberis conferri debeat, ut ex ipſo textu diligentius inſpecto, facilè patebit. Deniq; non movet, quod potior eſſe debeat deſcendentium, quàm adſcendentium condicio. *arg. Nov. 118. c. 1. & 2.* quoniam hîc non in caſu ſucceſſionis verſamur, quo *d. Nov.* procul dubio pertinet, ſed in ea quæſtione: an filia in matrimonio mortua, dos ad patrem, qui dedit, redire, an penes maritum remanere debeat; ubi profectitiæ dotis natura hoc utiq; exigere videtur, ut patri potius reſtituenda, quàm marito relinquenda ſit. *arg. d. l. 6. ff. de jur. dot. & h. l. noſtra.* Plura de hac quæſtione videri poſſunt apud *Cujac. tr. 6. ad Affrican. in explicatione d. l. ult. ff. rem rat. hab. Bachov. ad d. th. 11. lit. C. & in Comment. nr. ad d. l. 6. ff. de jur. dot.*

## Ad L. Quod ſcitis. 3.

*Baldus hic pr. h. l.* aliquam difficilem & utilem eſſe dicit. Verùm

rùm si diligentius eam intueamur, adeò difficilis non erit. Habet enim duo membra, sive duas partes, quorum priori decisum est, ut si forte filius dotem, & filia donationem propter nuptias dissoluto matrimonio ex pacto lucrati fuerint, eædem res defunctis iis, licet in potestate existentibus, ad liberos eorum jure hereditatis, non ad patres jure peculii transmittantur, *arg. l. ult. supra commun. de success.* nec per nepotes avo adquirantur, *h. l. nr. ibiq. Gloss. & Dd. comm.* Non obstat. *l. 2. ff. de castrens. pecul.* ubi patri castrensia bona, filio in testamento mortuo, non tanquam hereditas, sed tanquam peculium, deferuntur. Respondetur enim, id verum esse, quando sine liberis filiusfam. decedit: nam si extantibus liberis mortuus fuerit, potior eorum, quàm parentis est condicio. *d. l. ult. supra commun. de success.* cum hodie etiam filiumfam. heredem habere posse verius sit, per ea, quæ *supra ad Auth. in successione, de suis & legit. liberis. &c.* à nobis dicta sunt. Adde *Dn. Scip. Gentil. de bon. matern. c. 27. p. 189.* In posteriori parte difficultas ex falso oritur præsupposito, quasi ibi de matris parente, sive avo materno sermo esset; quæ est *Gloss.* interpretatio in verbo: *tàm patre &c.* ex qua *Bart. in Auth. itaq. supra Commun. de success. n. 2.* infert, in successione parentum, in bonis maternis præterri adscendentes in linea materna, in iis verò quæ ex linea paterna quæsita sunt, patrem, & reliquos adscendentes paternos potiores esse. De qua opinione quid habendum, supra *ad Auth. defuncto. ad SCt. Tertyll.* diximus ubi videri potest. Verus hujus textus sensus est, quod si quis sine liberis decesserit, relicto patre & avo suo, dominium eorum, quæ ad ipsum à matre, vel ejus linea pervenerunt, non ad avum, sed ad patrem, tanquam propiorem, pertineat: usufr. tantùm avo (dum superrerit) reservando, quem morte proprietarii non extingui, aliquoties monuimus. Adde *Bald. hic n. 8. in fin.*

## Ad L. Quæcunq;. 4.

Hæc lex facilè intelligitur ex iis, quæ supra *ad l. 1. & Auth. seq. præcedentis tituli* dicta sunt. Quemadmodum enim in bonis maternis, proprietas quidem liberorum est, ususfructus verò & administratio parenti competit, omnisq; alienatio interdicta; ita quoq;

in omnibus iis, quæ conjuges à se invicem ex dote, vel quæcunq; donatione, sive hereditate, vel legato capiunt, proprietas ad liberos, usufructus & administratio ad patrem, in cujus potestate sunt, pertinet, & omnis etiam alienatio prohibita est, *h. l. nr.* Quod si verò liberi decesserint, proprietas ista primo ad liberos suos, si quos fortè reliquerint; deinde ad fratres utrinq; conjunctos, iisq; non extantibus, ad consanguineos & uterinos; & tandem iis etiam non existentibus, ad parentes devolvitur. *h. l. nr. & d. l. 1. & Auth. seq. supra tit. prox.* Hinc duo colligi possunt. 1. hoc jure fratres & sorores in successione parentibus præferri: quod hodie correctum esse, patet ex *Auth. & defuncto. supra ad SCt. Tertull.* Deinde quod filii consanguinei & uterini æqualiter, sine ulla bonorum distinctione, ad successionem admittantur, ut notat *Gloss. hîc, in verb. ex alio,* & nos supra docuimus ad *Auth. post fratres autem. de legit. hered.*

## Ad L. Non sine. 5.

Quidam tàm Sponsalitiam donationem, quàm hereditatem sponsam suam lucrari voluit, unde dubitatum fuit, an æquè ac lucra nuptialia aliaq;, quæ uxor à marito consequitur, ad sponsam pertineant, an verò patri adquirantur, adeoq; fratribus in successione paterna communicari debeant? Et dubitandi ratio fuit, quod leges, quæ lucra ista deferunt, expresse de uxore & marito loquantur. *l. 1. & l. 2. supra h. t.* uxoris autem & mariti appellatione, Sponsus & Sponsa non contineantur, *arg. l. 1. ff. de Sponsal. & l. 1. ff. de rit. nuptiar.* Ratio verò decidendi, quod licet propriè maritus & uxor demum post contractum matrimonium intelligantur, benigna tamen interpretatione, idem jus in Sponso & Sponsa, quod in marito & uxore, observandum sit, *l. 4. ff. de fund. dotal.* ubi lex Julia, quæ de uxore tantùm loquitur, benigna interpretatione etiam ad Sponsam porrigitur. Hinc controversum apud nostros est, an Sponsus & Sponsa æquè ac conjuges sibi invicem succedant, & fiscum excludant? Et *in l. un. ff. und. vir. & uxor. & l. un. supra eod. tit.* conjugum, sive mariti & uxoris tantùm fit mentio, quasi non Sponsi vel Sponsæ: & Sponsalia à nuptiis sive matrimonio differre expeditum est. Sed nihilominus dicendum videtur, & Sponsum

atq; Sponsam ad mutuam successionem admittendos esse, cum uxoris appellatione etiam Sponsa veniat, *d. h. l. nr. & d. l. 4. ff. de fund. dotal.* & in dubio contra fiscum aliàs quoq; respondendum sit. *l. non puto. 10. ff. de jur. fisc.*. Idq; in Sponsa de præsenti facilè admittunt, quippe quæ jure nostro communi, verè & propriè uxor est, etiam ante consummationem matrimonii, cum nuptias non concubitum, sed consensum facere, expeditum sit, *l. nuptias. 30. ff. de R. J. l. cum hic. 32. §. similiter. 13 ff. de donat. int. vir & uxor. Treutl. vol. 2. D. 16. th. ult. lit. A. ibiq; Bachov.* Verùm nos in Sponsa de futuro, ( quæ sola jure nostro Sponsa est & vocatur. *l. 1. ff. de Sponsal.* ) idem tentabimus, ut & ipsa potius, quàm fiscus, ad Sponsi successionem admittatur, cum & hanc jure pro uxore haberi, constet ex iis, quæ supra dicta sunt. Sed quid si statuto de dote lucranda, vel successione inter conjuges cautum sit, an & tum appellatione conjungum Sponsus & Sponsa venient? Pro negativa facit textus *in c. ex publico. 7. extr. de convers. conjugat.* ubi Sponsa de præsenti ante consummationem matrimonii monasterium ingredi nō prohibetur, quod argumento est, jure Canon & moribus nostris, ne quidem Sponsam de præsenti, uxoris appellatione venire. *Gloss. & Panormit. ad d. c. 7.* Deinde, quod statuta ejusmodi ad onera matrimonii respicere videantur, quæ ante consummationem matrimonii locum habere non possunt. Deniq; quod in statutis verba propriè accipienda sint. *arg. l. Labeo. 7. §. servus. 2. vers. id. Tubero. ff. de supellect. legat. l. quod constitutum. 20. ff. de testam. milit. ibiq; Bart. Bald. ad h. l. nr. n. 1. Andr. Rauchb. p. 11. q. 32. n. 14. Forst. lib. 9. c. 3. n. 8. & seqq. Schneid. ad tit. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. c. de success. int. vir & uxor. n. 13. Bach. ad Treutl. d. th. fin. lit. A. Bened. Carpz. p. 3. Const. 19. defin. 1.* Sed pro affirmativa militant ea, quæ supra adducta sunt, quod ex benigna juris ratione, uxoris appellatione, etiam Sponsa veniat, *arg. h. l. nr. & d. l. 4. ff. de fund. dotal.* inprimis de præsenti, quam jure nostro verè uxorem esse, constat ex *d. l. 30. ff. de R. J. cum similibus.* Quamvis enim jure Canon. etiam Sponsam de præsenti uxorem propriè non esse largiamur, *arg. d. c. 7. extr. de convers. conjugat.* quoniam hoc jure matrimonium non est, nisi publicè coram Ecclesia, benedictione Sacerdotis &

precationibus adhibitis celebratum fuerit. *c. aliter. 1. caus. 30. q. 5. Dn. Conr. Rittersh. de differ. jur. Civ. & Can. lib. 1. c. 1.* tamen satis est, Sponsam istam istam de præsenti proxime ad uxorem accedere, & juris interpretatione pro uxore haberi. *arg. c. 3. & c. ult. extr. de Sponsf. duorum.* Non obstat, quod de oneribus matrimonii adductum est, quoniam responderi potest, statutum hoc non ad onera matrimonii, sed ad favorem ejus respicere, qui in Sponsalibus de præsenti, & matrimonio jam consummato plane idem esse videtur. Et si statutum ejusmodi præcise ad onera matrimonii respexisset, sequeretur, ne quidem post consummationem matrimonii per copulam, statim huic statuto locum esse, sed semper tempus aliquod expectandum, quo onera matrimonii subire potuerint. Quod tamen inconveniens est, & ne ab ipsis quidem, qui negativam tenent, facile recipitur. *Adde Gail. 2. observ. 80. n. 8. ubi ex Castr. & Alex.* monet, onera matrimonii, impulsivam potius causam dicti statuti, quàm finalem habendam esse. Neq; semper & præcisè proprietatem verborum in statutis spectàmus, sed potiùs ea secundùm jus Civile interpretamur. *arg. l. 2. C. de noxal. act. Wesemb. in w. ff. de jur. dot. n. ult. Duar. ad l. 3. ff. de adquir. possess.* & communem loquendi usum, *arg. l. cum de lanionis. 18. §. 3. vers. optimum ergo. ff. de instru. vel instrum. legat.* & non tàm verba, quàm sententiam & mentem inspicimus, *l. fine 17. ff. de legib. Gail. d. lib. 2. obs. 79. n. 5. & d. obs. 80. n. 5. & 6.* Unde facilè patet, nullam hic extensionem statuti istius fieri; sed verba statutorum, secundum communem loquendi usum, & mentem ipsorum statuentium accipi; quos utiq; in dubio, quàm minimum à jure communi recedere voluisse, probabile est. *Adde Mynf. Cent. 6. obs. 78. & Hieron. Schurff. Cent. 3. Cons. 9. & Baul. Berens. D. 1. th. 4. q. 2.* Et hæc omnia procedunt, nisi forte in casu, de quo statutum loquitur, vel diversa plane utriusq; sit ratio, vel expresse aliud decisum, ut in jure Saxon. quo portio statutaria uxori non aliter debetur, quàm si thalamus conscensus fuerit, *art. 45. lib. 3. in* Landrecht/ *& p. 3. constit. 19. Wesemb. in w. ff. de rit. nupt. n. 7. Bened. Carpz. d. q. 3. const. 19. def. 1. n. fin.* Quod tamen non tantùm de consummatione per copulam intelligendum, ut facit *Schneid. ad §. fuerat. 29. Inst. de Action. n. 109.*

Sed

Sed etiam de simplici & nuda cõscensione thalami, quæ apud Saxon. plerũq; ante concubitum solenni more, in præsentia convivarum nuptialium fieri consuevit, ut monet *Andr. Rauchb. p. 1. q. 31. n. 12. Beust. de dotib. c. 5. Carpz. d. Const. 19. def. 4.* Adde *Matth. Coler. Dec. Germ. 286. Valent. Riemer. illustr. quæst. Dec. 8. q. 8.* Huc referri potest & illa quæstio: an in Sponsa quoq; adulterium committatur, æque ac in uxore alterius? Quam quæstionem distinctione, inter sponsam de præsenti, & de futuro vulgo expediunt, ut in illa quidem, non etiam hâc, adulterium committatur. *Jul. Clar. 5. Sent. §. adulterium. n. 9. & §. homicidium. n. 49. in fin. & Dd. comm.* Verùm distinctio hæc juri nostro convenire non videtur, quo non tantùm Sponsa de futuro (quæ sola talis est, & dicitur. *l. 1. ff. de Sponsal.*) generaliter, tàm in odiosis, *l. 4. ff. ad L. Pompei. de parricid.* quàm favorabilibus, pro uxore habetur, *l. 4. ff. de fund. dotal. l. conditum. 17. §. 17. ff. de reb. auth. jud. possid. & h. l. nr.* Sed etiam expressè in ea adulterium committi, scriptum est, *l. si uxor. 13. §. divi. 3. ff. ad L. Jul. de adult.* ubi non de stupro, (quod nonnulli existimant) sed adulterio sermonem esse, tum ex §. *1.* ejusd. legis, tum ex ratione subjecta, quod nec spem matrimonii violare permittatur, facilè colligitur, *arg. l. si pupilla. 6. ff. de Sponsal.* Nec obstat *d. l. 13. §. si quis. 6. ad l. Jul. de adult.* Respondetur enim, quod ibi generaliter dicitur, eam quæ antequam nuberet, violata est, jure mariti de adulterio accusari non posse, de ea accipiendum esse, quæ nec Sponsa adhuc fuit, cum delinqueret; quam de adulterio accusari non posse, expeditum est, cum nec vere, nec juris interpretatione nupta vel uxor dici possit, *l. propter violatam. 7. C. d. t. ad l. Jul. de adult.* Deinde non resistit, *l. miles. 11. §. quærebatur. 7. §. eod. tit.* Nam ibi propterea Sponsus non potest adulterii accusare eam, quæ postea alteri à patre desponsata est, quoniam pater nuncium Spõso mittere, & Sponsalia priora per posteriora dissolvere potest. *arg. l. in potestate. 10. ff. de Sponsal. Arum. Ex. 20. n. 7. Bronch. Cent. 4. ass. 81. Valent. Riem. illustr. quæst. Dec. ult. q. 2.* Hodie tamen Sponsa, quæ adulterium commisit, non ordinaria legis Juliæ pœna, sed mitius puniri solet, ut monet Wesemb. *in par. ff. ad l. Jul. de adult. n. 7. Petr. Heigius p. 2. q. 28. Adde Bened. Carpz. in Pr. crim. p. 2. q. 56.*

Ad

Ad L. cum oportet. 6.

Ad intellectum *h. l.* de peculio filiorumfam. & speciebus ejus quædam præmittenda sunt. Est igitur peculium nihil aliud, quàm filiorumfam. patrimonium, à paternis rationibus seorsim eis constitutum, *arg. l. depositi. 5. §. 3. & 4. ff. de pecul.* Idq; olim unius generis erat, *§. 1. Inst. per quas person. cuiq. adquir*, hodie duplex est: paganum & militare. *d. §. 1. & l. ult. supra de inoffic. testam.* Paganum iterum, vel profectitium est, vel adventitium. Profectitium est, quod è re vel substantia patris proficiscitur, sive ab ipso patre, sive ab alio patris contemplatione filio datum fuerit, *d. §. 1. & h. pr. nr.* Ubi dubium incidit, si fortè filiusfam. laboribus suis, & negociatione sua ex re & pecunia patris quid lucratus fuerit, an & hoc ad peculium profectitium referendum sit? Et *Gloss. quidem hîc in verbo: ex ejus substantia.* &c. totum hoc lucrum ad profectitium peculium pertinere existimat. *arg. d. §. 1. & h. pr. nr.* ubi: quod ex re vel substantia patris quæritur, profectitio peculio adscribitur. *Bart. verò ad h. pr. nostrum. n. 2. & 3.* dimidium lucri pecuniæ, alterum dimidium filio, propter operas præstitas tribuendum, adeoq; dimidium lucri profectitium, dimidium adventitium esse putat, *arg. l. illud. 28. supra de collat.* ubi idem clarius docet, *n. 2.* Sed *Bald. hîc n. 10. in fin.* divisionem istam rusticanam appellat, ideoq; ipse ex qualitate personæ, & quantitate sortis judicis arbitrio æstimandum relinquit, ut illud demum lucrum filii sit, quod citra laborem ejus, ex re, vel ex pecunia patris nunquam provenisset. *arg. d. §. 1. in fin. ibi: quod ei suis laboribus. Inst. per quas person. cuiq. & Angel. Arct. 3.* Sed quid si dubium sit, unde filius aliquid acquisiverit? Et *Gloss. ad verb. ex ejus substantia. in fin.* eo inclinat, ut is, qui lucrum petit, sive frater, ut communicetur; sive filius, ut præcipuum habeat, tanquam actor probare debeat, *arg. l. 20. & l. verius. 21. ff. de probat.* Verùm hæc opinio litem indecisam relinquere videtur, cùm de præsumtione quæstio sit, (utrum pro filio, an pro patre militet præsumtio) quæ probandi onus in adversarium rejicere solet. *arg. l. sive possideris. 16. supra de probat. ibiq. Gloss. in verbo: facti sunt. & Sichard. n. 8. & 9. Johann. igitur antiquus Glossator* (cujus opinionem *Gloss.* priori loco refert) distinguit, ut si quidem

quidem filius sit industrius, & pater pauper, præsumtio sit pro filio; sin verò filius negligens, & pater dives, pro patre præsumendum, videl. filium ex re patris lucrum istud adquisivisse. Quod admittit *Bald. n. 11.* Si filius bona paterna administraverit, aliàs, si seorsim res suas habuerit, licet dives pater, & filius negligens fuerit, ex operis tamen suis id acquisiisse, adeoq; adventitium esse existimat, cum nemo possessionis suæ titulum dicere necesse habeat. *l. cogi. 11. supra de hered. petit. & l. fin. C. de rei vindic. Adde Bartol. ad h. pr. n. 5.* Adventitium peculium est, quod aliunde advenit, puta ex successionibus, vel donationibus matris, cognatorum, vel quorumvis extraneorum; item, quod liberi ex laboribus suis adquisiverunt, *d. §. 1. Inst. per quas person. cuiq; adquir.* Hinc inspecto jure nostro civili, etiam Salaria procuratorum quorumvis, ad peculium adventitium referenda sunt; Quamvis hodie iis in locis, ubi procuratorum judicialium officium publicum est, honoraria ejusmodi ad quasi castrense peculium rectius referri videantur. Militare peculium est, vel castrense, vel quasi castrense. Castrense, quod filiusfam. occasione militiæ, vel ex stipendiis adquirit, *l. castrense. 11. de castr. pecul. l. 1. C. eod. tit.* Quasi verò castrense est, quod ex publico aliquo officio filiisfam. adquiritur, quo pertinent salaria Professorum, Advocatorum, & similium, *l. fin. C. de inoffic. test.* Et circà profectitium, ut & Castrense, & quasi Castrense peculium nihil innovavit Justin. Sed quemadmodùm hæc liberorum sunt pleno jure, in iisq; pro patribusfam. habentur, ut tàm mortis causa, quàm inter vivos, libere de iis disponere possint, *d. §. 1. per quas person. cuiq; adquir. pr. Inst. Quibus non est permiss. fac. testam. & d. l. ult. supra de inoffic. testam.* ita illud totum patris est, qui de eo æquè, ac de aliis bonis suis pro arbitrio disponere potest. *d. h. pr. nr. & d. §. 1.* In eo tamen & liberi quasi jus quoddam in hoc peculio habere videntur, quod donare ex justa causa de eo possint. *l. filiusfam. 7. §. 1. ff. de donat.* quod liberos emancipatos sequatur, nisi nominatim ademtum fuisset, *l. donationes. 31. ff. d. t.* & quod damnato patre, ejusq; bonis publicatis, liberis reservatum, nec publicatum fuerit. *l. 3. §. 4. in fin. ff. de minor.* Adventitium verò quod attinet erat olim illud pleno jure patris; Sed Justin. id mutavit, con-

stituitq;, ut hodie omnium bonorum adventitiorum regulariter, usufructus ad patrem, proprietas ad liberos pertineret, *h. pr. nr. & d. §. 1. Inst. per quas person. cuiq; adquir.*

## Ad Auth. Excipitur.

Regulare jus est, ut bonorum adventitiorum undecunq; pervenerint, usufructus ad patrem, proprietas ad liberos perveniat, uti modo dictum. Verùm ab ea regula excipiuntur casus quidam, quibus etiam adventitia pleno jure ad liberos pertineant, ut 1. quãdo mater, avia, aliiq; parentes sub hac condicione liberis aliquid donaverint, vel per ultimam voluntatem reliquerint, ne usufructus ad patrem, in cujus potestate sunt, perveniret, *h. Auth. nr.* Idem est, si non à parentibus, sed à quovis alio, sub ista condicione quid relictum fuerit. *Nov. 117. c. 1. in fin. pr. & Auth. seq. in fin. h. t.* Cujus finalia verba omninò ad hanc Auth. nostram pertinere videntur, ut notat *Gloss. & Bart. ad h. Auth. nr.* De legitima dubitatur, an & in ea mater ita disponere possit, ne usufructus ad patrem pertineat? Et negativa probari videtur, tum per textum *in pr. d. Nov. 117. ibi: postquam reliquerint filiis partem, qua lege debetur* &c. tum quod legitimæ condicio nulla imponi debeat, *l. quoniam. 32. supra de inoffic. testam.* & nemo cavere possit, ne leges in testamento suo locum habeant. *l. nemo. 55. ff. de legat. 3. Bart. ad h. l. nr. n. 1.* Affirmativa verò fundamentum habet in generali regula, quod testatoris voluntas pro lege observanda sit. *Nov. 22. c. 2.* quod filiorum condicio hac ratione non deterior, sed melior efficiatur, *per l. filiis. 25. supra de inoffic. testam. Gloss. ad d. Nov. 117.* Nec obstant superius adducta verba, *ex d. Nov. pr.* quoniam ea eo tantùm pertinent, ut pars, quæ lege debetur, sive legitima ante omnia liberis integra relinquenda sit; neq; debet id, quod in eorum favorem constitutum est, in eorundem odium retorqueri, contra *l. quod favore. 6. supra de legib.* Minus movet *d. l. 32. de inoffic. testam.* utpote quæ de condicione gravaminis, non favoris, loquitur, hic autem nullum gravamen legitimæ imponitur, sed ea potius ab omni onere, etiam cum usufructu, quem parens alias habiturus erat, liberis relinquitur, ut rectè *Bald. ad l. filia, 18. C. famil. ercisc. n. ult.*

Ad

## Ad Authent. Idem hereditas.

Secundus casus exceptus est in portione hereditatis fratribus vel sororibus delata, *h. Auth. nr.* Si enim in successione cum patribus suis utrinq; conjuncti concurrant, simul cum iis in capita admittuntur, ita ut in portione fratribus delata, parens ne usumfructum quidem habeat, sed ea pleno jure ad liberos pertineat. *Nov. 118. c. 2. vers. nullum usum. ibiq. Cujac.* Adde, quæ supra *ad Auth. & SCtum Tertyll.* à nobis dicta sunt.

## Ad Auth. Idem est.

Tertiùs casus est, quando pater sine causis lege definitis matrimonium solvere præsumit, *h. Auth. nr.* Quemadmodum enim certæ sunt causæ, legibus determinatæ, ex quibus solum matrimonium dissolvere licet, *l. consensu. 8. & seqq. supra de repud.* ita certæ quoq; pœnæ constitutæ, si quis absq; legitimis causis repudium mittere præsumserit. *d. l. 8.* & inter eas etiam illa, quod si pater id tentaverit, in monasterium mittatur, cum tertia parte bonorum, & duæ filiis serventur, ita, ut parens nec usumfructum in iis habeat, *d. Auth. nr. & Nov. 134. c. 11.* Hîc quærit *Gloss.* an si pater monasteriũ ingrediatur, usumfr. in bonis liberorũ amittat? Et dubitãdi ratio est, quod Monachus pro mortuo habeatur, *arg. l. Deo nobis. 56. §. 1. supra de Episc. & Cleric.* vel certe patriã potestatẽ amittat, cum is, qui ipse in potestate est, aliũ in sua potestate habere nequeat, *l. si evenerit. 21. ff. ad l. Jul. de adulter.* Hinc *Bart. ad l. nr.* dimidiam usufructus amittere, alteram dimidiam tanquam pro emancipatione retinere existimat, quasi eo ipso dum suo facto per ingressum monasterii patriam potestatem amittit, filium emancipare intelligatur, & consequenter dimidiam usfusfructus retinere possit, *arg. h. l. nr. §. pen. & §. hoc quoq. 2. Inst. per quas person. cuiq. adquir.* Decidendi verò ratio est, quod ususfr. patri in adventitiis lege constitutus sit, adeoq; non nisi legitimis modis iterum extingui possit, *arg. l. nihil. 35. ff. de R. J.* inter quos nusquam refertur ingressus in monasterium, *arg. §. pen. Inst. de usufr. l. 1. & tot. tit. ff. quib. modis ususfr. vel usus amitt.* Neq; obstat, quod Monachus pro mortuo habeatur; quoniam id tantùm verum est, ratione secularium negotiorum,

quibus se immiscere non debet, non autem ut jus legitime quæsitum, amittat, *arg. Nov. 18. c. 6. c. 1. extr. ne Clerici vel Monach. secul. negoc. se immisc. & c. miles in fin. de Vas. milit. qui arm. bell. depos. 2. F. 25.* Unde rectè monet *Gloss.* hîc quoad condendum Monachum pro mortuo habendum non esse. Deinde negandum videtur, per ingressum in monasterium jus patriæ potestatis tolli, cum patria potestas jure Civili constituta, nō nisi legitimis modis solvi debeat, *arg. l. fere. 153. inf. ff. de R. J.* inter quos nusquam recensetur Monachismus. *arg. pr. & tot. tit. Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv. Cujac. in*

*ω. C. de emancipat. liberor.* Neq; movet *d. l. 21. ff. ad l. Jul. de adult.* quæ de potestate ejusdem generis loquitur, ut videl. is, qui in potestate patris est, alium in potestate patria habere non possit, aliàs nihil impedit, quo minus is, qui in potestate patria est, vel pupillum in potestate tutelari, *arg. §. tutores. 2. Inst. de tutel. juncto pr. Inst. Qui testam. tut. dar. poss.* vel uxorem in maritali potestate habere possit. *arg. pr. Inst. de nupt. & l. patri. 20. ff. d. t. ad l. Jul. de adult.* quemadmodum & filiafam. in potestate patris & matris esse non prohibetur. *§. postea. 2. Inst. de SCt. Tertyll. & l. filii. 6. pr. ff. eod. tit.* Verius igitur est, parentis ingressu in Monasterium, usumfructum, quem in bonis liberorum habuit, non amitti, ut *post Gloss. docet Jac. de Butr. & Bald. ad h. Auth. nr. n. 3. in fin.* Illud procul dubio erroneum est, quod *Angel. Aret. ad d. §. 1. Inst. per quas person. cuiq. adquir. n. 5.* tradit, in his quoq; exceptis casibus, commoditatem utendi fruendi ad patrem pertinere. Nam textus harum Auth. aperte repugnant, & ita leges, non rebus, sed verbis positæ essent, contra *l. 2. in fin. supra commun. de legat. & l. 28. §. ult. supra. de Usur.*

## Ad §. sub hæc. 1. & §. Non autem. 2.

Tria hîc ponuntur circa usumfructum, quem pater in bonis liberorum adventitiis habet, observanda: quorum 1. quod patris bona pro administratione adventitiorum filio obligata non sint. *h. nr. §. 2. Nec obstat §. fin. d. h. l. nostra*, ad quem varias responsiones habet *Gloss. & Bart. ad h. l. nr.* Sed ea textui maximè convenit, quod hîc de aliis rebus adventitiis, quas sua sibi industria & labori[bus] adquisivit, vel aliunde ad ipsum pervenerunt, sermo sit, *in d. vers.*

*verſ. §. ult. de bonis maternis, & materni generis*, item de lucris nuptialibus, pro quibus hypotheca in bonis parentis propterea conſtituta eſt, quod ea magis liberis, quam alia bona debeantur, unde primo in his textibus, liberis proprietas reſervata fuit, *l. 1. ſupra de bon. matern. l. 1. & ſeqq. ſupra h. t. nr.* donec tandem Juſtin. idem jus ad reliqua adventitia perduxerit. *h. l. nr. Dn. Scip. Gentil. de bon. matern. c. 8.* 2. caput eſt, de pleniſſima adminiſtratione, ita, ut nec rationes quidem reddere, neceſſe habeat, nec ullum impedimentum à liberis ipſi inferri poſſit. *d. §. 2.* quod jus patri tributum videtur, tum propter reverentiam, quam liberi debent, *arg. h. §. nr. & l. ult. §. 4. in fin. infr. h. t.* tum propter jus, quod ante in iis bonis habuit. *arg. d. §. 2.* tum propter fiduciam, quam leges ſemper de parente habent, *arg. l. ult. pr. ſupra. de curat. furioſ.* Hinc cum caput rationum reddendarum ſit inventarium, ut notat *Bald. ad l. cum tale 32. §. 1. ff. de condic. & demonſtr.* Dd. magis communiter inferunt, nec inventarium quidem patrem conficere teneri, *arg. d. l. ult. §. 4. in fin. intr. h. t.* Quamvis honeſtius & tutius facturus ſit pater, ſi inventarium confecerit, ut monet *Specul. in tit. de inſtrum. edit. §. viſo. n. 14. & ex eo. Ari. Pinell. ad l. 1. p. 2. n. 21. in fin. ſupra de bon. matern.* In contrarium tamen, & pro neceſſitate inventarii faciendi non pauca facere videntur, ut 1. exemplum orphanotrophi, qui licet rationes reddere obſtrictus non ſit, inventarium tamen facere tenetur, *l. Orphano trophos. 32. ſupra de Epiſc. & Cleric. Nov. 131. c. ult.* 2. Exemplum tutorum & curatorum, *l. tutor. 7. ff. de adminiſtr. & peric. tutor.* 3. quia inventarii confectio non onerat patrem, & prodeſt liberis, ergo omninò faciendum, *arg. l. in ſumma. 2. §. item. 5. in fin. ff. de aqu. & aqu. pluv. arcend.* 4. exemplum uſufructuariorum aliorum, qui omnes inventarium facere tenentur, *l. 1. §. recte. ff. uſufr. quomodo cav.* à qua regula nusquam parens exceptus legitur. Verùm exempla iſta omnia diſſimilia ſunt, cum nemo ex iſtis plenum uſumfructum, & jus arbitrio ſuo adminiſtrandi habeat, quod parenti conceſſum eſſe, *ex h. §. 2. & d. §. 4. in fin.* ſatis expeditum eſt. Sed nec inventarii confectio onere caret, adeoq; pater adſtringendus non videtur. *arg. d. §. 2. & l. ult. §. 4. intr. h. t. Adde Mynſ. cent. 2. obſerv. 93. & Matth.*

*Wesemb. vol. 2. Conf. 92. & Dn. Scip. Gent. d. tr. c. 11.* 3. Caput fluit ex plenissimo usufructu, quod pater non tantùm fructus libere consumere, & in quemcunq; transferre possit; sed etiam, si forte ex earum rerum fructibus res mobiles vel immobiles comparaverit, de iis pro arbitrio disponere, & ad quoscunq; transmittere non prohibeatur. *d. §. 2.*

## Ad Vers. sin autem.

Quemadmodum cuivis juri pro se introducto, renunciare permissum est, *l. si quis. 51. supra de Episc. & Cler. l. pen. supra de pact.* ita quoq; pater rerum adventitiarum possessionem & usumfructum liberis relinquere potest; ita ut nullam post obitum ejus licentiam habeant heredes, eundem usumfructum, vel quod ex eo ad liberos pervenit, sibi vindicare. Nec obstat, quod donatio inter patrem & filium jure Civili non valeat. *l. cum de bonis. 11. infr. de donat.* Responderi enim potest, vel initio quidem non valere, sed morte patris remissionem istam confirmari, *arg. h. textus nostri ibi: post obitum patris ipse lucretur.* quemadmodum & alias donationes à patre filiisfam. factas, morte patris confirmari communiter receptum est, *ex l. donationis. 25. C. de donat. int. vir. & uxor. Gloss. hîc vers. lucretur.* Vel imò initio valere, non tanquam donationem, sed tanquam juris adquirendi refutationem, *arg c. alienatio in fin. pr. de alien. patern. feud. 2. F. 39. & l. quod autem. 6. ff. quæ in fraud. credit. Azo hic in summ. n. 4. Bart. & Bald. n. 3.* Nec resistit, quod post obitum patris filius usumfr. lucrari dicatur; quoniam id non ideò fit, quod morte demum remissio ista confirmetur, sed quod ab heredibus revocari non possit, ut monet *Bart. ad h. text. nr.*

## Ad 5. Cum autem. 3.

Olim si pater filium emanciparet, tertiam partem bonorum maternorum quasi pro præmio libertatis retinebat *ex Constitutione Constantini, quæ est in l. 1. & 2. C. Theod. de matern. gen.* &c. Hodie pro tertia ista dimidiam partem usufr. in omnibus bonis adventitiis consequitur, *ex h. §. nostro. & §. hoc quoq;. 2. Inst. per quas person. cuiq; adquir.* Idq; sive reservaverit sibi usumfr. sive simpliciter emancipaverit, modo non expressè jus suum remiserit. *d. h. §. nr.*

Non

Non obstat, quod profectitium peculium (in quo potentius jus pater habet) sequatur emancipatum, nisi pater ademerit. *l. donationis 31. §. pater. 2. ff. de donat.* Respondetur enim aliã rationem esse in profectitio quod dum pater concedit liberis, & in emancipatione iis nõ adimit, concessionem istam vel donationem per emancipationem perfecisse intelligitur, ut docet *Papin. in d. l. 31. §. 2. ff. de donat.* quod de adventitio peculio, quod aliunde accedit, & in quo patri jus à lege tributum est, dici non posse expeditum est. Add. *Joh. Fabr. ad d. §. 2. Inst. per quas person. cuiq; adquir.* Limitatur autem textus noster, ut procedat in emancipatione, quæ honoris causa fieri solet, *arg. d. §. 2. ibi: quod honoris ei ex emancipatione.* Nam si pater forte adoptivus filium impuberem sine justa causa, ignominiæ causa manumiserit, præter bona, quæ ad ipsum attulit, etiam quartam bonorum suorum ipsi relinquere cogitur. *§. cum autem. 3. Inst. de adopt.* Sic quoq; si pater liberos contra pietatis officium durius tractaverit, adeoq; coactus emancipaverit, dimidiam ususfr. non consequitur. *arg. l. ult. ff. si à patr. quis manum. & l. si lenones. 12. supra de Episc. audient. Andr. Barbat. & Paul. Pomates in not. ad Bart. ad h. §. nr.* Deinde limitatur etiam quoad castrensia, & quasi castrensia, ut licet forte adventitia nulla adfuerint, de castrensibus tamen, vel quasi quis castrensibus parens pro emancipatione nihil retinere possit. *d. h. § nr.*

## Ad §. Ult.

Cum bona patris pro bonis maternis & lucris nuptialibus obligata esse constet ex *l. si prioris. 8. §. ult. supra de secund. nupt.* dubitatum fuit, ex quo tempore competat hypotheca ista, an statim ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est; Et decisum initium gerendæ vel deferendæ administrationis spectandum esse. *h. §. nr.* Dubitandi ratio est, quod hypotheca tanquam accessio principalis obligationis, ante ipsam obligationem incipere non possit, *arg. l. nihil dolo. 129. §. 1. ff. de R. J.* quemadmodum & matris ad secunda vota transientis bona pro iis, quæ ex prioris mariti substantia ad eam devoluta sunt, ex tempore administrationis malæ obligata sunt. *l. hac edictali. 6. §. pen. supra de secund. nupt. Gloss. ad l. pro officio. 20. in verb. obligata. supra. de admin. tut. vel curat.* Sed decidendi ratio est, quod duplex hic occurrat obliga-

tio, una generalis, statim ab initio administrationis competens, quâ pater obligatus est, ad res filii fideliter administrandas, *d. l. ult.* §. 4. *in fin.* altera Specialis, quæ ex mala gestione vel administratione nascitur; quarum illa, tanquam principalis, præcedit hypothecam, hæc tanquam secundaria, eandem sequitur, ut rectè *Bald. ad h. §. nr. n. 1. Ant. Neguzant. de pign. & hypoth. p. 2. membr. 4. n. 17. & 18. Adde Gloss. hic ad verbum: initium.* ubi notat pignorum obligationem etiam personalem præcedere posse, *arg. l. 1. ff. qui potior. in pignor.* æquè ac fidejussorem. *§. 3. Inst. de fidejuss. & l. 6. §. 2. ff. eod. tit.* Sed nec *d. l. 6. §. pen. supra de secund. nupt.* contrarium probat, utpote in qua nihil aliud habetur, quàm hypothecam ex eo die incipere, quo res liberorum ad matrem pervenerunt, quæ verba initium potius administrationis, quàm tempus, ex quo male quid gestum est, respicere, facilè colligitur.

## Ad L. Cum multa. 7.

Inter privilegia, quæ donationibus Principis & Augustæ indulta sunt, non postremum illud est, quod si filio vel filiæfam. aliquid donaverint, id totum pleno jure iis adquiratur, nec usufr. ad patrem pertineat, ita ut ad similitudinem castrensis peculii filius vel filiafam. omnem facultatem in eas res habeant, sive mobiles, sive immobiles fuerint. *h. l. nr.* Ubi dubium incidit, an quod ita donatum est, ad adventitium, an ad quasi castrense peculium referri debeat? Et *Bald.* quidem *ad h. l. nr.* satis apertè ad quasi castrense peculium id refert, simulq; ex eo infert feuda regalia quasi castrensis peculii esse, *n. 1.* & fœminam quoq; quasi castrense peculium habere posse *n. 4.* Quod probat etiam *Gothofr. hic in noth. Argentoratenses ad lib. 15. t. 1. th. 3. & Lockam. Quæst. Justin. 121.* ulterius progrediuntur, & omne peculium adventitium quasi castrense esse & dici posse statuũt, *arg. h. l. nr. & l. 50. ff. ad SCt. Trebell.* Contra autem *Gloss. ad Auth. Idem est, in fin. supra h. t.* adventitio peculio adscribit in quo pater usumfr. non habet. Et hæc opinio veritati magis convenire videtur, cum quasi castrense peculium illud sit, quod ex militia togata, sive officiis publicis, Professorum, Advocatorum, & similium adquiritur, *l. ult. supra de inoffic. test.*

quod

quod de hisce donationibus Principum dici non potest, utpote quæ extrinsecus ex liberalitate mera liberis accedunt. *h.l.nr.* Nec obstat, quod de similitudine castrensis peculii hîc dicitur; quoniã non statim, quæ quoad jus plenæ proprietatis, castrense peculium imitantur, proprie & in specie quasi castrense peculium dici possunt. Similiter non movet *d. l. 50. ff. ad SCt. Trebell.* ubi peculium adventitium, tantùm quoad judicia cum castrensi peculio comparatur, ut filiusfam. agere & conveniri possit, adeoq; tantùm ratione effectus; peculium autem quasi castrense non ab effectu, quod similia quædam habeat cum castrensi peculio, sed à causa efficiente ita dicitur, quod ut illud ex armata, ita hoc ex togata militia adquiratur, ut supra dictum est. Adde omninò *Bach. D. de act. ult. in coroll. 2. ubi prolixe Argentoratens. opinionem examanat.* Unde facilè colligitur, id, quod de feudis regalibus, quasi ea omnia quasi castrensia sint, & de fœminis, quod eæ etiam peculium quasi castrense habere possint, ex hoc textu minus rectè inferri, nec juri nostro satis consentanea esse.

## Ad L. Ult.

Postquam mutata peculii adventitii natura, *per l. 6. supra h. t.* variæ altercationes de eo orirentur, Imp. Justin. eas hac Constitutione sua dirimere voluit, ut ipse testatur, *h. pr. nr.* Constituit igitur, ut si filius hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum, vel aliud quicquam ex quocunq; titulo sibi delatum jubente patre, adire vel adquirerere recuset, pater suo arbitrio id adire, omneq; cõmodum & incommodum solus habere possit; Si verò filius adire cupiat, & pater in contrarium inclinet, licentia sit filio hereditatem adire, vel aliam rem adquirere, ita ut neq; ususfructus ad patrem, neq; damnum ullum redundet, sed omne commodum & incommodum ad filium ipsum pertineat. *h. pr. nr.* Non obstat *l. si quis. 25. §. jussum. 4. ff. de adquir. vel omitt hered.* ubi in adeunda hereditate jussum parentis præcedere debet. Responderi enim potest, non quidem *l. istam per h. l. nr.* correctam esse, ut putat *Gloss. ad d. l. 25. §. 4. Bart. & Bald. ad h. pr. nr. n. 1.* Sed potius *in d. l. 25. §. 4.* regulam contineri, *in h. v. l. ult.* exceptionem, ut regulariter qui-

dem jussus parentis præcedere debeat, juxta *d. l. 25. §. 4.* Sed si pater recuset, filius suo periculo hereditatem adire non prohibeatur, *d. h. pr. nr.* Deinde ei quod de contractibus hîc dicitur, non resistit *l. si quis. 29. §. 1. ff. de pecul.* ubi pater ex contractu filii etiam invitus obligatur; quoniam respondetur, ibi de peculio profectitio sermonem esse, de quo si filius contraxerit, patrem ratione peculii, & quatenus in eo est, obligari constat ex §. *præterea. 4. Inst. Quod cum eo, qui in al. potest. negot. gest. l. 1. & tot. tit. ff. de pecul.* hîc verò textus, de adventitio peculio, quod filius recusante patre adquisivit, loquitur in quo cum nihil juris habeat pater, meritò non ipse, sed filius inde obligabitur. *Adde Gloss. & Bart. ad h. l. nr.* Deinde nō movet, *l. filiusfam. 4. & l. in factum. 13. ff. de O. & O.* ubi filius certas tantùm actiones suo nomine habet & exercere potest. Respōdet enim *Bart.* hoc ex novo jure additū esse, ut filius isto casu, quo recusāte patre, hereditatē adit, omnibus actionibus hereditariis suo nomine agere possit. *h. pr. nr.* Addi potest, *dd. ll.* de peculio profectitio accipiendas esse, de quo filiusfam. directam actionem nullam exercere potest: cum ea patri semel acquisita, ab ea avelli nequeat, *arg. §. & Neronis. 4. Inst. de fideicomm.* quamvis utiles, sive in factum actiones, etiam suo nomine exercere non prohibeatur: si modò pater vel agere nolit, vel præsens non sit, *l. si longius. 18. §. 1. ff. de judic. & l. cum filiusfam. 17. ff. de reb. cred.* At *in h. textu nr.* de peculio adventitio agitur, quod pleno jure ipsi quæsitum est, de quo consentiente patre in judicio versari, & actiones hereditarias intentare potest. Sed quo jure pater hoc casu ad successionem vocatur, cum neq; ex testamento, neq; ab intestato heres sit? Et videtur jure accrescēdi venire, ut proprietas accrescat usufructui, queādmodū & proprietati ususfructus interdū accrescere solet, *l. 3. §. 1. & 2. ff. de usufr. accresc. Butrigar. hic relatus à Bald. n. 1.* Sed vereor, ut hoc recipi possit, cum patri hoc jus hereditatem adquirendi competat etiam eo casu, quo usumfructum nullum habuit, ut *in §. 2. intr. h. t.* dicendum igitur videtur patrem hoc casu ex legis hujus dispositione vocari, ut si filiusf. heres adire hereditatē noluerit, ipse suo jure, ac si initio fuisset institutus, acquirere hereditatē possit, *h. pr. nr. & d. §. 2. infr. h. t. nr. ibi: quasi ipse pater ab initio &c. Adde Bald. hic. d. n. 1.* Procedit autem textus nostri decisio non tantùm, si

filius testamento heres institutus, (de quo casu expresse loquitur) sed etiamsi ab intestato ipsi delata hereditas fuerit; quasi non tàm filius, sed etiam remoto eo, pater ipse ad successionem vocatus esset. *arg. d. §. 2.* Non obstante eo, quod hereditates legitimæ agnatis & cognatis deferãtur, *l. tutelas. 7. pr. ff. de cap. minut.* pater autẽ neq; agnatus propriè neq; cognatus sit, *l. 1. §. ult. & l. 2. ff. de suis & leg.* quoniam responderi potest, patrem cum filio unam personam esse. *l. ult. supra de impub. & al. substit.* vel in locum filii recusantis à lege vocari. *arg. d. §. 2. Gloss. hic in verb. recusante. Bart. & Bald. ad h. pr. nr. n. fin.* Nisi fortè jure accrescendi potior patre fuerit, *l. non numero. 2. supra ad SCt. Orfit. Bald. d. n. fin.* Deinde obtinet hic textus, sive filiusfam. simpliciter hereditatem sibi delatam repudiaverit, sive eo animo, ut omissa causa testamenti, ab intestato hereditatem adquireret. Quam primum enim eam repudiavit, statim patri jus quæritur, *arg. h. pr. nr. & l. 2. supra d. t. de impub. & al. subst.* maximè cum causa testati, excludat causam intestati. *l. quamdiu. 39. ff. de adqnir. vel omitt. hered. Bald. hic n. 13.* Nec resistit, quod filiusfam. revera non recuset, sed hereditatem ab intestato adire malit, quo procul dubio *Pet. & Can.* respexit. Respondetur enim id in fraudem legis & voluntatis defuncti fieri, adeoq; filio prodesse non debere. *arg. l. 1. & tot. tit. ff. si quis omiss. caus. test. ab intest. vel al. mod. poss. hered.* 3. Non tantùm in hereditate adventitia, sed etiam in profectitia locum habet, ut filio adire recusante, pater eam suo commodo & incommodo adire possit. Quamvis enim pater filium ad adeundam hereditatem cogere possit. *l. cum proponas. 3. supra de hered. instit. & l. si filius 3. intr. de patr. potest.* adeoq; legis hujus beneficium necessarium non videatur, tamen cum fieri possit, ut ne jubente quidem patre filius adire velit. *arg. d. l. 3. de hered. instit.* etiam in profectitia hereditate ex æquitate legis hujus subveniendum est; quemadmodum etiam si filius forte absens, vel furiosus fuerit, *arg. l. neq; infantes. 36. ff. de fideicomm. libertat. Bald. hic n. 12.* Deniq; & ad contractus hic textus porrigitur, *per h. pr. nr. ibi: sive contractus alterius. ibiq; Gloss.* ut si quis forte absentis filii fam. nomine donationem acceperit, eamq; filius reversus acceptare noluerit, pater suo nomine, acceptare possit. Nec obstat *l. si*

*pupilli. 6. §. sed si ego. 6. ff. de negoc. gest. & l. servus. 13. ff. de precario.* Responderi enim potest, ibi sermonem esse de negocio, ex quo pater neq; agere, neq; adeo obligari poterat, cum alienum negocium, alieno nomine gestum ratihabitatione confirmari nequeat, *d. l. 6. §. 6. de negoc. gest.* hic verò contractum filii nomine gestum, ipso recusante, à patre acceptari posse. *h. pr. nr.* *Add. Bald. n. 5.* qui ad donationem hoc restringit, quod textui nostro satis convenire non videtur. Limitatur decisio, *h. pr. nr.* 1. ut filio ante hereditatem aditam mortuo, pater hereditatem ipsi delatam adire nequeat, quoniam hic textus de filio vivo & recusante, non etiam de eo, qui ante aditionem mortuus est; satis apertè loquitur. Nec resistit *l. si post mortem. 10. §. fin. ff. de bon poss. contra tabb.* quoniam textus iste in eo casu loquitur, quo quis semel beneficio alterius ad jus aliquod admissus est: hoc autem casu pater beneficio filii ante aditionem mortui, nondum admissus fuit, adeoq; nec amplius admitti poterit, nisi fortè filium adire jusserit, is autem antequam hereditatem adiret, decesserit: hoc enim casu pater propter jus semel quæsitum, etiam post obitum filii, hereditatem ipsi relictam, adire potest, *arg. l. non justam. 4. supra ad SCt. Trebell. Bald. hic n. 9.* Minus movet *l. si infanti. 18. §. 1. supra de jur. delib.* Nam ea de infante agit, qui si in ea ætate decesserit, & pater vivo eo hereditatem infantis nomine adire neglexerit, jure paterno quoq; infanti jam quæsitam eam, occupare potest: quod autem tanquam specialiter in infante constitutum, ad casum *h. pr. nr.* extendendum non est. *arg. l. quod contra. 14. ff. de legib. Bald. d. n. 9. Adde Bart. n. fin. & Alex. in not.* qui etiam hoc casu saltem beneficio juris deliberandi, ad se transmissam hereditatem patrem adquirere posse existimat. *arg. l. 19. supra d. t. de jur. delib.* Quod recipi potest, si pater filii heres sit, & filius sibi hereditatē delatā sciens, intra annū decesserit. *d. l. 19. ibiq; Gloss. & Dd. comm.* Deinde fallit hæc cōstitutio, si alia testatoris voluntas fuerit: puta si filiofā. instituto coheredem dederit, quo casu coheredem ex præsumta testatoris volūtate jure accrescendi patri præferri dicendū est, *arg. l. 2. supr. ad SCt. Orfit. Bald. ad h. pr. ar. inf.* Sed quid si testator filio substitutum vulgarem dederit? Et hoc casu patrem substituto præferunt. *Gloss. hic in verbo recusante. Bartol. n. 2. Bald. n. 3. Duar. ad tit.*

*tit. ff. de vulg. & pup. subftit. c. 10. Treutl. vol. 2. D. 11. th. 7. lit. F.* tum quod pater ab ipso testatore primo gradu vocatus videatur, *arg §. 2. h. l. nr.* Substitutus autem demum secundo. *pr. Inst. de vulg. substit. l. potest. 36. ff. eod.* tum quod verba illa: si heres non erit; in eo, quem alieno juri subjectum testator scit, sic accipienda sint, si nec ipse heres erit, nec alium heredem fecerit. *§. ult. Inst. d. t. l. si pater. 40. ff. de hered. instit.* hic autem filius repudiando heredem patrem faciat, *h. pr. nr. ibiq; d. n. 3. & ad l. 3. supra de hered. instit. n. 3.* Contra verò substitutum patri præferendum censent *Vigl. Zuichem. ad d. §. ult. de vulg. substit. n. 3. Harpr. ad §. 1. n. 16. & seqq. Donell. 6. Comm. 24. Conn. 10. comm. 6. Fachin. 4. controv. 63.* tum quod filius heres esse noluerit, adeoq; casus substitutionis vulgaris extiterit, & consequenter substitutus admittendus sit, *arg. l. ait Prætor. 7. §. sed quod 10. ff. de minor. l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup. substit.* tum quod in dubio hominis provisio cessare faciat provisionem legis, *l. ex facto 49. §. item quæro. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. l. fin. supra de pact. convent. tam super dot.* &c. substitutus autem ex voluntate testatoris, pater ex legis dispositione veniat. *d. h. pr. nr.* Nec obstat, quod pater ab ipso testatore primo gradu vocatus videatur. Respondetur enim, id de tacitâ voluntate, quæ legis præsumtio dicitur, accipiendum esse. *arg. d. §. 2. h. nr.* at substitutum expressa testatoris voluntate niti, ideoq; meritò præferendum esse, maximè cum tota hæc lex nostra, nullum de substituto verbum faciat, adeoq; tanquam exorbitans, ad eum casum temere extendenda non sit. *l. quod contra 141. ff. de R. J.* Deinde frustra plane adducitur illud, quod filiafam. repudiando heredem patrem fecerit, *arg. d. §. ult. de vulg. substit. & l. 40. ff. de hered. instit.* Nam quomodo repudiando heredem alium quis facere potest, qui potius id agit, ut hereditatem à se repellat. *l. 3. supra de hered. instit.* ubi servo hereditatem repudiante, non dominus, sed substitutus vulgaris admittitur. Nec movet, quod alia ratio servi & domini, alia patris & filii sit, in cujus favorem constitutum est, ut filio recusante pater heres esse videatur. Respondetur enim, id in casu, quo substitutus datus est, constitutum in hoc textu non reperiri, ut supra dictum: neq; à servo hîc argumentum

duci, sed verba tantùm illa, si nec alium heredem fecerit, explicari, si videlicet aditâ à servo, vel filiosam. hereditas fuerit, *d. l. 3. supra. de hered. Instit. Adde Ant. Fabr. Dec. 33. err. 7. & Bach. ad Treutl. d. D. 11. th. 7. lit. F.*

## Ad verf. Necessitate. &c.

Hunc verf. Dd. non uno modo accipiunt. Nam *Gloss. in verbo: imponenda. &c.* hunc ejus sensum existimat, quod filius integram & legitimam personam standi in judicio sine consensu patris non habeat, ideoq; in casu h. textus nostri, quando patre recusante filius hereditatem adit, pater filio, vel agenti, vel fugienti, consentire cogi, vel captis pignoribus, vel mulcta, vel aliis remediis possit. Et hanc *Gloss.* opinionem sequuntur *Gothofr. hîc in not. Petr. de Bella Pertic. in l. exigendi. 12. n. 5. supra de procurat. Joseph. Ludov. 2. decis. 16. n. & seqq. Anton. Fab. 6. conject. 6. & Dd. comm.* Contra verò *antiquus Glossator Otto*, ut eum *Accurs. hîc, & Bart. n. 2. Bald. n. 9.* appellat, sive Lotharius, ut eum vocat *Dn. Scip. Gent. de bon. matern. c. 26. p. 176.* filium in rebus propriis, & pleno jure sibi adquisitis, etiam sine consensu patris, in judicio versari posse existimat eo tantùm casu excepto, quo filius patre recusante hereditatem acquirit; Hoc enim demum casu patris consensu opus esse, ad patris repudiationem declarandam & probandam, ne aliàs reus à filio conventus objicere posset, ac dicere, judicium nullius momenti esse, quia patris ejus sit ususfructus & administratio in adventitiis, & per consequens, ad patrem perveniat actionis exercitium, *l. 1. supra de bon. matern. l. 6. supra h. t.* Eamq; opinionem *Bart. hîc, d. n. 2.* veram & verissimam dicit, probatq; per §. *1. h. l. nr. vers. nolente autem. &c.* ubi si filio, minore 25. annis, pater heredem repudiaverit, sine ullo patris consensu rerum administratio, adeoq; actionum exercitium curatori committitur. Ut autem jus, quod filiusfam. in actionibus habeat, rectius intelligatur, rem aliquanto altius repetemus. Filius enim, vel cum ipso patre in judicio experiri vult, vel cum alio. Priori casu regula est, inter patrem & filium, quem in potestate habet, nullam litem, nullamq; actionem esse posse *l. 4. ff. de judic. l. actiones. 7. ff. de O. & A.*

Ratio

Ratio, quoniam pater & filius una persona censentur. *l. ult. supra de impub. & al. substit.* adeoq; civiliter invicem obligari nequeunt, *l. frater. 38. ff. de condict. indeb.* Et procedit hæc regula non tantùm in profectitiis, sed etiam adventitiis, sive pater in iis usumfr. habeat, sive ea pleno jure ad filiumfam. pertineant. *arg. d. l. 4. ff. de judic.* quæ indistinctè & generaliter concepta est. Nec movet, quod in his, in quibus pater jus nullum habet, cessare videatur ratio, utpote in quibus pater & filius pro una persona non habeatur, *post Dd. comm. Hunn. de pact. c. 3. q. 17. p. 308. in fin.* Respondetur enim, hoc ipsum in controversia esse, nec usquam scriptum reperiri, quod etiam in bonis adventitiis filius pro patrefam. habeatur: ne quidem *in Nov. 117. c. 1.* quæ in ejusmodi adventitiis plenam quidem dispositionem filio concedit, sed cum subjecto habili, quale patrem propter jus patriæ potestatis non esse, omninò fatendum est quemadmodum & alius actus agentium nihil operantur, nisi in subjecto habili, & bene disposito. *arg. §. legari. 24. Inst. de legat. l. 4. supra de hered. instit. Adde Gœdd. de contrah. stipul. c. 7. n. 43. & seqq. aliq.* Neq; communem istam Dd. opinionem satis confirmare videtur *l. si quis uxori 52. §. sed si filius. 5. ff. de furt.* ubi verba illa: cū habeat unde satisfaciat, de castrensi peculio de quo ibidem sermo est, proindeq; præsupposito subjecto habili, accipienda sunt. *arg. d. l. 4. ff. de judic.* Sed nec jure Canon. aliud statutum est, *in c. ult. de judic. in 6to.* in quo nihil aliud habetur, quàm filiumfam. de rebus spiritualibus etiam sine consensu patris in judicio agere posse. Ubi primò notandum, non agi ibi de judicio contra patrem exercendo, cum expresse ibidem negetur, patrem se intromittere posse; Deinde si maximè de eo casu ageretur, exceptum tamen casum à regula esse, quoniam de jure Civili in castrensibus. *d. l. 4. ff. de judic.* & quasi castrensibus, (quo & res spirituales pertinent. *l. cum lege. 50. supra. de Episc. & Cleric.*) judicium inter patrem & filium exerceri possit, *l. ult. supra de inoffic. testam.* Adde *Dom. Scip. Gent. d. c. 26.* Posteriori casu, si filius cum alio in judicio versari velit, inter genera bonorum distinguendum est. Quemadmodum enim in castrensibus & quasi castrensibus filius suo arbitratu in judicio agere & conveniri potest. *d. l. 4. ff. de judic.* quippe in eis rebus

pro

pro patrefam. habetur. *l.6.* §.*ult.ff. de injust.rupt.& irrit.fact.test am. d.l.ult. supra de inoffic. testam.* ita in profectitiis soli patri directæ actiones competunt, filio utiles tantum, si pater forte absit, vel agere nolit, & in mora periculum vel damnum futurum sit, *l.18.*§.*1.ff. de judic.& l.17.ff. de reb. cred.* In adventitiis verò, quæ pleno jure filii sunt, is solus quoq; jus administrandi, & consequenter agendi habet. *arg. d. Nov.117.c.1.* excepto casu, quo filius recusante patre, hereditatem vel legatum, vel aliud quid adquisivit, ut *ad h.pr. nr.* diximus. In iis verò, in quibus pater usumfructum habet, patri etiam actiones competunt, quos etiam sine consensu filii intentare potest; nisi fortè de hereditate filio delata pater agere voluerit, quo casu consensum filii adhibere debet, §. *ubi autem 3. intr. h.l.nr.* Quod si tamen parens procuratore non constituto, vel absens sit, vel ægrotet, vel furore agatur, & res damnum secum trahat, filius agere non impeditur. *arg. d.l.18.*§.*1.ff. de judic. & d.l.17.ff. de reb. cred.* Et hæc ita obtinent, si filius suo nomine in judicio versari velit. Si verò vel procurator ab aliquo constitutus, vel tutor datus fuerit, etiam sine patris consensu agere & conveniri poterit, per textum *in l. filiusfam.8. in fin.pr.l. quæsitum 16.ff. de in jus voc.* Quamvis enim quoad procuratorem dissentiat *Gloss. hic in verbo: imponenda &c.* ex ea ratione, quod filius personam legitimam standi in judicio sine patre non habeat, tamen & ratio falsa est, per ea, quæ supra dicta sunt, & si omninò vera esset, tantùm in causa propria, & ubi de patris agitur præjudicio, procederet, non in causa aliena, in qua ipsum judicio etiam solum interesse posse verius est, per textum expressum *in c. qui generaliter. 5.*§.*1. de procurat. in 6.* quemadmodum & aliàs non semper, qui suo nomine legitimam personam standi non habet, alieno nomine in judicio versari prohibetur, *arg.*§. *justa autem. 5. in fin. Inst. Qui & ex quib. caus. manumitt. non poss. l.1.*§.*3.ff. de postul. Barat. ad h. vers. nr. n. 5. & 6. Bald. n. 10. & Dd. communiter. Adde Dn. Scip. Gent. d. c. 26.p. 178. & seq.* Quæ autem de judicio hactenus dicta sunt, eadem de compromisso accipienda sunt, ut filius secundum distinctionem bonorum, vel solus, vel patris consensu adhibito coram arbitro versari possit, quoniam arbitria ad instar judiciorum redacta sunt, *l. 1.*

*ff. de*

*ff. de recept. qui arbitr. receper.* Non obstat, quod compromissum contractus sit, *l. litigatores. 11. §. 1. & 2. ff. d. t. Nov. 8. c. 11. §. 1.* filiusfam. autem contrahendo patrem semper, etiam invitum, de peculio obliget, *l. 3. §. sed si filius. 9. ff. de pecul. Gloss. ad h. vers. nr.* Respondetur enim compromissum ipsum contractum esse, ideoq; filium etiam sine patris consẽsu compromittere posse, ut autẽ valeat, quæ coram arbitrio gesta sunt, & effectum judicii sortiantur, distinctione bonorum superius adducta opus est, ut rectè *Bart. hic n. 9. Adde Bald. n. 14.* Deniq; notandum, quod Jure Canon. *Gloss. & Dd.* opinio, quod filiusfam. sine consensu patris in judicio regulariter versari non possit, probata sit, *per c. ult. in fin. de judic. in 6to. ubi Gloss. in verbo: generaliter. Dn. Scip. Gentil. d. c. 26. p. 175. Dn. Conr. Rittersh. lib. 5. c. 11.*

## Ad §. Sin autem. 1.

Et hæc, quæ ad pr. dicta sunt, procedunt, si filius plenæ ætatis, i. e. major 25. annis fuerit, *arg. l. ult. supra de his, qui ven. ætat impetr.* Idem ferè obtinet in eo, qui in secunda ætate constitutus, sive minor 25. annis est, ut & hoc casu, hereditate delata, recusante patre, solus filius eam adire possit, & filio repudiante, pater suo commodo & incommodo adeundi licentiam habeat. *h. §. nr.* Hoc tantùm addito, ut si filius vel adeundo vel repudiando læsus fuerit, beneficium restitutionis in integrum ipsi competat, ut scilicet hereditatem aditam repudiare, & repudiatam adire possit; ita tamen ut patri ususfructus salvus maneat. Quod si patre recusante adire, filius ipsemet adiverit, & pater hereditatem istam administrare nolit, tũc filius facultatem habeat, ut competentem magistratum adire, & curatorem hereditati petere possit, *h. §. nr.* Quemadmodum & in aliis casibus fieri solet, cum pater abest, & ejus procurator agere, vel defendere filium nolit, *l. filiusfam. 8. ff. de procurat. l. sed si unius. 17. §. sed si pater. 17. & seqq. ff. de injur.* Notandum autem ex hoc textu nostro. 1. quod pupillus, qui fari posset, hereditatem sibi delatam, adire, & repudiare suo arbitrio, possit, si videlicet in potestate patris adhuc constitutus fuerit, & pater jubere noluerit. Nam si in potestate esse desiit, non aliter, quàm tutoris authoritate id ipsi

permittitur. §. *1. Inst. de author. tutor. & l. pupillus. 9. ff. de adquir. vel omitt. hered.* Deinde quod impuberi vel minori in potestate constituto, curatorem etiam absq; patris consensu, petere concessum sit, *d. h. §. nr.* Deinde quod minori vel impuberi in potestate patris existenti curator dari nequeat, *arg. pr. Inst. de tutel.* Sed hereditati tantùm, *d. h. §. nr.* Quemadmodum & alias curator bonis dari solet. *l. 1. & passim. ff. de Curat. bon. dand.* Nec refert, hereditas, an res aliqua singularis filiofam. relicta sit, & pater eam administrare nolit: quoniam & ad rem istā singularem curatorē petere potest, *arg. pr. h. l. nr. & Nov. 117. c. 1. §. 1. Accurs. & Bald. ad h. §. nr.*

## Ad §. Similiq;. 2.

In hereditate castrensi, quæ militi à commilitone, vel aliàs occasione militiæ relicta sit, pater nihil juris habet, sed filius etiam sine jussu patris eam adire, & suo arbitratu repudiare potest. *l. miles. 5. & l. de hereditate. 19. ff. de castrens. pecul.* tantùm si intestatus decessisset, pater bona ista, non tanquam heres, sed jure peculii, olim occupabat, *l. 2. ff. d. t. de castr. pecul.* Verùm Justin. in eo à Jure antiquo recessit, ut quemadmodum in adventitiis; ita quoq; in castrensibus, si forte filius hereditatem repudiaverit, pater eam suo jure adire possit, *h. §. nr.* Si quæras, quæ ratio novi hujus juris fuerit, respondet *Gloss. in verbo: ab initio.* id ex jure paterno fluere, quo bona etiam castrensia jure peculii adquirebat, *d. l. 21. ff. de castrens. pecul. Bald. ad h. §. nr. Dn. Scip. Gentil. d. tr. de bon. matern. c. 21. p. 114. & 115.* Sed nescio, an jus hoc occupandi, quod demum post aditam à filio hereditatem, eiq; intestamento (& hodie quidem sine liberis) mortuo, locum habet, in adquirenda hereditate à filio repudiata, in considerationem venire possit.

## Ad §. Ubi autem. 3.

Hactenus de patre & filio circa aditionem hereditatis, vel adquisitionem aliarum rerum dissentientibus actum; jam videndum, [illegible] juris, si voluntas eorum in unum concurrat, ut loquitur Imp. [illegible] casu filio proprietas, patri verò ususfructus adquiritur, *h. §. nr*

*h. §. nr.* quemadmodum etiam in bonis maternis, aliisq; adventitiis generaliter obtinere, patet *ex l. 6. supra h. t. nr.* ita ut pater omnes actiones intentare & suscipere possit, filii tamen consensu (si ejus ætatis & condicionis sit, ut consentire possit) adhibito. *d. §. nr.* Quem textum vulgo *Dd.* eosq; secutus *Donell. 17. Comm. 4.* generaliter accipiunt, ut pater in rebus adventitiis, in quibus usumfructum habet, non aliter, quàm filio consentiente, actiones intentare possit. Sed minus rectè, cum nec *d. l. 1. supra de bon. matern.* nec *d. l. 6. supra h. t.* nec ullus alius textus consensus filii mentionem faciat, sed patri plenissimam administrationem, tanquam solidum perfectumq; ipsi quæsitum esset dominium, expresse tribuit; quemadmodum nec tutori consensum pupilli necessarium esse constat, *l. 1. §. sufficit. 2. ff. de administr. & peric. tutor.* Non obstat hic *§. nr.* qui in specie de hereditate adventitia filiofam. delata diserte loquitur, ut si de ea agere pater velit, consensum filii adhibere debeat. Differentiæ ratio, inter hereditatem, & alia adventitia, illa esse videtur, quod etiam jure antiquo, quo patri advẽtitia in solidum adquirebantur, hereditatem tamen filio delatam, pater sine filii consensu adire vel repudiare non poterat, *l. si is, qui heres. 13. §. fin. ff. de adquir. vel omitt. hered.* cum aliàs res adventitias per filium & per se libere adquireret, ut rectè monet *Dn. Scip. Gent. d. tr. c. 20. Adde Arium Pinell. ad l. 1. supra de bon. matern. p. 2. n. 66.* Movet hic *Gloss. in verb. moveat.* &c. quæstionem, an pater hoc casu, si de hereditate adventitia agat, vel conveniatur de rato, vel judicato solvendo, satisdare teneatur? Et affirmativa probari videtur, per *l. si filiusfam. 14. ff. qui satisdar. cog.* ubi Paulus respondit, eum, qui absentem defendit, etiamsi pater vel filius sit, satisdare actori ex forma Edicti debere. *Menoch. Conf. 279. n. 23.* Sed negativa satis probatur, tum *h. §. nr.* ubi nulla cautionis mentione facta, actiones movere conceditur; tum exemplo tutoris, qui licet minus juris in rebus pupilli habeat, quàm parens in adventitiis, satisdationem præstare non compellitur. *l. ult. §. defensionem. 3. ff. supra de administr. tutor. vel Curat.* *Nec obstat, d. l. 14. ff. qui satisd. cog.* quoniam ea de patre simpliciter, & tanquam extraneo pro filio agente, non de administratore legitimo, & usufructuario bonorum adven-

titiorum loquitur, ut rectè *Gloss. hic.* Adde *Bart. & Alex. in not. ad h. §. pr. ibiq. Bald. n. fin. Dn. Scip. Gent. d. c. 20.* Ulterius hic quæritur: an pater procuratorem etiam, absq; filii consensu, constituere possit? Quod affirmandum per ea, quæ supra ad *l. 1. de bonis maternis*, à nobis dicta sunt. Adde *Dn. Scip. Gentil. d. c. 20.* Illud nihil interest, utrum per procuratorem pater, an per se in judicio versetur; semper enim sive de usufructu, sive de proprietate lis sit, sumtus de fructibus facere tenetur, *h. §. nr.* & diximus *supra ad d. l. 1. de bon. matern.*

## Ad §. Sin autem. 4.

Quamvis patri in bonis liberorum adventitiis plenissima competat administratio, alienare tamen ea regulariter non potest. *d. l. 1. supra de bon. matern.* ubi diximus. Excipitur imprimis casus æris alieni, si fortè ex persona defuncti illud emerserit, & tunc parens primo quidem res mobiles, & si hæ non sufficiant, etiam res immobiles vendere, vel alio modo filii nomine alienare possit, *h. §. nr.* quoniam ea demum bona esse intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersint, *d. §. nr. l. mulier. 72. ff. de jur. dot. l. subsignatum. 39. §. 1. ff. de V. S.* Ad hunc æris alieni casum etiam redigi possunt legata & fideicommissa à defuncto relicta, propter quæ parens eodem modo, si fortè reditus ad annalia legata non sufficiant, res filii adventitias vendere non prohibetur: adeo ut si pater id facere, & æs alienum solvere cessaverit, ipse de suo usuras præstare compellatur. *d. h. §. nr.* Adde, quæ de alienatione bonorum adventitiorum dicta sunt, *ad d. l. supra de bon. matern.* Verum in administratione hac ita versari pater debet, ut mancipia secundum ordinem & dignitatem eorum alere debeat, *h. §. nr. l. sed si quid. 15. §. 1. ff. de usufr.* de bonis ita uti frui, ut causam proprietatis nullo modo deteriorem faciat. *d. h. §. nr.* quod cujusvis fructuarii officium esse, patet ex *l. si cujus 18. §. fructuarius. 4. ff. d. t. de usufr.* Contra singulariter in patre constitutum est, ut à rationibus reddendis, & cautione fructuaria excusetur, tum propter reverentiam paternam *d. h. §. nr.* tum quod aliàs quoq; inter patrem & filium in potestate constitutum nulla obligatio vel actio consistere possit. *d. l. 4. ff. de judic.*

*judic.* §. *item inutilis. 6. Inst. de inutilib. stipul.* Nec obstat *l. hoc edictali. 6.* §. *his illud. 1. supra de secund. nupt. & l. jubemus. 6.* §. *1. ad SCt. Trebell.* Respondetur enim ibi casum specialem esse, ob transitum patris ad secundas nuptias, propter quem pater cavere filio tenetur, præsertim in lucris nuptialibus, idq; in odium secundarum nuptiarum, ut alia multa, ita constitutum esse. *Nov. 22. c. placet. 41.* Minus movet *l. litis. 37.* §. *ult. ff. de negoc. gest.* utpote quæ de filio emancipato loquitur, inter quē & patrē obligationē consistere posse expeditū est, *l. pactum. 4. supr. de pact. cōvent. tam super dot. &c.* Sed nō de cautione ibidē sermo est, sed de actione negotiorum gestorū, ex qua ad satisdationem minus rectè inferri constat. Deniq; parum ad rem facit exemplum patris tutoris, qui & ipse super tutela filii impuberis satisdare tenetur, *l. si superstite. 5. supra. de dol. mal. l. licet. 14. supra ad l. falcid.* Nam in istis textibus nihil aliud habetur, quàm patrem, qui filii emancipati tutelam gessit, propter administrationem æque ac alium tutorem teneri: quod ut dubio caret, ita ex eo perperam ad satisdationem præstandam infertur. Et dato etiam parentem tutorem satisdare teneri, tamen alia ratio tutelæ, quæ tantùm onus est, & tota ad utilitatem pupilli pertinet; Ususfructus verò iste totius rei emolumentum continet, plenissimam que potestatem in carū rerum administratione parenti tribuit, *d. l. 1. supra de bon. matern.* Sed quid de iis rebus adventitiis filii dicendum, quæ usu consumuntur, puta vino, oleo, frumento, pecunia, an & in iis pater usumfructum habet, & ita quidem, ut à satisdatione immunis sit? Et leges quidem, quæ de usufructu patris in adventitiis loquuntur, satis aperte de Speciebus sive corporibus conceptæ sunt, in quibus proprietas penes filium remanet, quod in quantitatibus istis, sive rebus fungibilibus neq; naturali ratione, neq; Civili fieri potest, ut monet *Impr. in* §. *2. Inst. de Usufr.* Nihilominus dicendum etiam in iis patrem usumfructum saltem improprium, sive quasi usumfructum habere, tum quod leges usumfructum patri tribuentes generaliter loquantur, nec usquam res fungibiles excipiant: tum quod aliàs quoq; ususfructus appellatione, etiam quasi ususfr. contineatur, *l. 1. supr. de usufr.* de Satisdatione major difficultas est, ut-

 pote

poté quæ ex communi Dd. opinione de substantia quasi usufr. habeatur, & loco proprietatis penes filium maneat, *arg. d. §. 2. Inst. de usufr. l. 2. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. &c. Gloss. ad d. §. 2. in fin. Bart. ad d. l. 1. supra de usufr. n. 12. Schneidw. ad pr. Inst. de usufr. n. fin. Mynsing. ibid. n. 6. Gail. 2. obs. 46. n. 3. Donell. 10. Bomm. 4. ibeq. Hillig. lit. E. Dn. Scip. Gent. d. tr. de bon. matern. c. 9. Treutl. vol. 1. D. 16. th. 5. lit. E.* Sed verius videtur, cautionem de substantia quasi usufr. non esse, per textum *in l. hoc SCtum. 5. §. 1. ff. d. t. de usufr. ear. rer. quæ us. consum. &c.* adeoq; nec patrem satisdationem ullam præstare teneri, *arg. h. §. nr.* qui generaliter & indistinctè loquitur. Nec obstat *d. §. 2. Inst. de usufr. & d. l. 2. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. &c.* ubi præcisè cautio exigi videtur. Respondetur, id eo tantùm pertinere, & cogi usufr. ad præstandam eam possit, non verò, ut ab herede vel lege omitti vel remitti nequeat. Nec movet, quod satisdatio in proprietatis locum succedat: quoniam hoc ipsum negandum est, cum potius obligatio fructuarii, quâ ad restitutionem finito usufr. adstrictus est, proprietatis locum obtinere videatur. *Pinell. ad d. l. 1. de bon. matern. p. 2. n. 78. Fachin. 8. Controv. 43. Harpr. ad d. §. 2. Inst. de usufr. Adde Bach. ad Treutl. d. th. 5. lit. E.*

## Ad §. ipsum autem. 5.

Inter onera, quæ parenti ratione ususfructus in adventitiis liberorum bonis imponuntur, & illud est, quod alere liberos necesse habeat, quemadmodum & aliàs parentes liberos, & viceversa liberi parentes alere, ex ipsa natura & legis dispositione obstricti sunt. *h. §. nr. & l. si quis. ff. de agnosc. & al. liber.* Qui enim alimenta liberis vel parentibus denegant, necare eos videntur, *l. 4. ff. d. t.* Si videl. parentes vel liberi inopes fuerint. Nam si ipsi habeant, unde se sustentare comode possint, parentes vel liberi ad alimenta præstanda obligati non sunt, *d. h. §. nr.* Ex eo autem, quod jus alimentorum ex ipsa natura. *d. h. §. nr.* & jure sanguinis descendat, *d. l. 5. §. 2. ff. de agnosc. & al. liber* jureq; naturæ omnibus animantibus insitum sit, *pr. Inst. de jur. nat. gent. & civil. l. 1. in fin. ff. de just. & jur*, Dd. nostri inferunt, illud statuto tolli haud posse, *arg. l. jura* *sangui-*

*sanguinis. 8. ff. de B. J. ibiq. Dec. pr. Wesemb. in pr. ff. d. t. n. fin.* Sed quid de jure nostro civili dicendum, quod liberis incestuosis alimenta denegat. *Nov. 74. b. fin. Nov. 89. c. ult. & Auth. ex complexu supra de incest. & inutil. nupt. Franc. Conn. & Comm. 6. n. 5.* existimant, ne jure quidem civili liberis istis alimenta denegata esse, sed hoc tantùm cautum, ne ex bonis paternis aliquid, vel donatione inter vivos, vel ex testamento consequantur. Quod licet *ad d. Nov. 74. c. ult.* sufficere fortassis posset; tamen *Nov. 89. c. fin.* clarior est, quàm ut hanc interpretationem recipere possit. Alii distingunt, ut aliud sit; alimenta non decernere, de quo *d. Nov. 89. c. ult.* accipiunt; aliud longe prohibere, ne incestuosi alantur, quod jus Civile neq; disponere potuerit, contra Jus Naturæ, *l. 1. ff. d. t. de agnosc. & al. liber. Tilemann D. ad ff. 1. th. 12.* Nonnulli inter patrem & matrem discrimen constituunt, ut pater quidem ejusmodi liberis alimenta præbere non debeat. *d. Nov. 74. inf.* mater autem non prohibeatur. *arg. pr. Inst. de Jur. N. G. & C. & l. 4. ff. d. t. de agnosc. & al. liber.* Verum quemadmodum differentia illa, inter alimenta non decernere, & alimenta denegare, textui *d. Nov. 89. c. ult.* satis convenire non videtur; ita nec posteriorem hanc generalitas textus admittit, maxime cum ratio ejus, odium videlicet libidinis, & pœna paterna æqualiter in utroq; parente, tàm matre, quàm patre obtineat. Nos itaq; putamus, decisionem istam generalem, liberos nefarios & incestuosos à parentibus ne alendos quidem esse, æquitate & ratione non carere. Nam ut ex dictis textibus apparet, introductum hoc est, odio libidinis, & studio castitatis, ut hoc modo parentes, qui in liberorum personis pene magis, quàm in propriis torquentur, *l. 8. in fin. ff. quod met. caus. & §. ult. Inst. de noxal act.* ab incestu deterreantur: parentum enim hoc supplicium est, non liberorum, *d. Nov. 74. c. fin.* quibus à Magistratu, ne aliàs fame pereant, de alimentis prospiciendum est. Unde non obstat *l. 4. ff. d. t. de agnosc. & al. liber.* ubi is, qui alimenta denegat, necare intelligitur: quoniam hic alimenta non simpliciter denegantur, ut modo dictum: & aliàs regula ista inter eas personas locum habet, quæ ad alimenta invicem præstanda obligatæ sunt, ut rectè *Bach. ad Treutl. vol. 2. D. 16. th. 3. lit. G.* Jure autem Canon. rigorem hunc

juris

juris Civilis mitigatum esse communiter volunt, *per c. cum haberet 5. extr. de eo, qui duxit in matrimonium, quam poll. per adult. &c. ibiq. Gloss. in verb. secundum facultates. in fin. Forst. de success. lib. 6. c. ult. Gail. 2. obs. 88. Hug. Grot. de jur. bell. lib. 2. c. 7. n. 4. circa fin.* Verum Jus Canon. à Civili hac in parte non dissentire haud obscure colligitur *ex c. per venerabilem. 13. extr. qui fil. sunt legit.* ubi Pontifex jus Civile, quod alimenta his liberis denegat, pro ratione decidendi adducit, adeoq; improbare non videtur. Nec multum in contrarium facit *d. c. 5. extr. de eo, qui duxit in matrim. &c.* Nam 1. ibi non fuit perfectum adulterium, quia mulier soluta fuit. 2. liberi, de quibus ibi agitur, non fuerunt incestuosi, imò ne adulterini quidem, utpote nati ex consuetudine, quam habuit vir cum adultera, post mortem legitimæ uxoris; & 3. color quidam matrimonii fuit propter diuturnitatem temporis, quo vir & mulier, & quidem publicè & palam, cohabitarunt, *arg. l. ult. ff. de rit. nupt. Treutl. d. D. 16. th. 3. lit. G. Add. Palaott. de Spur. c. 46. & Frider. Tilemann. d. D. adff. 1. th. 12. & Bach. ad d. th. 3. lit. G.*

## Ad vers. Filiis autem famil. &c.

Ex eo, quod ad filiosfam. in adventitiis regulariter pertinet proprietas, dicendum videtur, etiam alienare ista bona ab istis, tàm in causa hac, quàm inter vivos posse, cum quilibet sit rerum suarum moderator & arbiter, *l. in re mandata 21. supra. mandati.* Sed contrarium hîc expressè decisum est, videlicet filiosfam. de bonis adventitiis testari non posse, nec sine voluntate patris alienare, vel hypothecæ dare aut pignori adsignare. Ratio redditur, tum quod melius sit, coarctare juveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium, *d. vers. nr.* ubi *Bald.* monet, juvenilem calorem non ex ætate, sed potius ex moribus, æstimandum esse, ut juvenis intelligatur etiam is, qui ætate senex, moribus puer est, per doctrinam *Aristotelis. 1. Eth. 2.* tum quod pater liberos alere teneatur, adeoq; nulla sit justa causa, ex quâ ad venditionem rerum suarum prosilire debeant, ut loquitur *Imper. d. h. §. nr.* Quærit hîc *Gloss.* An ergo voluntate patris accedente, vel juramento apposito, valeat à filio facta

facta alienatio? Et *Hugol.* quidem relatus ab *Accurs. hic* existimavit, ne voluntate quidem patris, alienationem istam validam esse, *arg. l. sed si quid. 15. §. ult. in fin. ff. de usufr.* Quam opinionem meritò improbat *Gloss.* quoniam filius consentiente patre, actiones exercere potest, *in fin. pr. supra h. l. nr.* cui autem actiones exercere permittitur, eidem nec alienatio interdicta est, *l. ait Prator. 7. §. quid sit autem. 2. ff. de jur. delib.* Alia ratio est juramenti appositi, quod contra legis prohibitionem vim nullam habet, *l. 5. supra de legib. l. 8. §. & generaliter. ff. de pact.* Non obstante *Auth. Sacramenta puberum. supra si advers. vendit.* Quoniam responderi potest ibi juramentum ipsius minoris factum concernere, adeoq; in præjudicium ejus meritò valere, *arg. c. cum contingat. 28. extr. de jurejur.* hîc verò ad patris præjudicium pertinere, & ob id invalidum esse, *arg. d. l. 5. supra de legib. Adde Bald. ad h. tx. nostrum. ibiq. Andr. Barbat. in not.* Accedit, quod *in d. Auth. Sacramenta puberum,* contractus à minore curatorem non habente celebratus, ipso jure subsistat, consequenter & juramentum eidem accedens. *arg. l. obligari. 43. pr. ff. de O. & A. juncta l. 1. d. t. si advers. vendit.* alienatio verò filii contra legis prohibitionem facta, nullius sit momẽti, ideoq; & jusjurandum eidem appositum, *d. l. 7. §. 16. ff. de pact.* quærit hic *Bart.* An filius ergo saltem personam suam obligare possit? Quod affirmandum videtur, *arg. l. ult. §. pupillus. 2. ff. de V. O. ibiq. Bart. n. 2.* quoniam patris in persona filii obliganda nulla est authoritas, *§. pupillus. 9. in fin. Inst. de inutil. stipul.* Idq; verum est, si de sola filii persona obliganda quæstio sit; nam si de alienatione, vel alio patris præjudicio simul agatur, irrita est ista obligatio, per textum *in h. §. nr. ibiq. Gloss. & Dd. comm. Gloss. in l. & heredi. 21. §. filiafam. 3. & §. seq. ff. de pact.* Et hæc, quæ hactenus dicta sunt, in eo peculio adventitio obtinent, in quibus pater usumfructum habet. Alia ratio est ejus, quod pleno jure ad filiumfam. pertinet, de quo suo arbitratu contrahere & obligari potest, cum nullum in eo vertatur patris præjudicium, *h. l. nr. in pr.* ubi eâ de re à nobis dictum est. Sed quid in ultimis voluntatibus dicendum, an & eas de his rebus condere poterit? Et affirmativa ex hoc ipso textu haud obscurè probari videtur: eo ipso enim dum in his

 tantùm

tantùm casibus testamenti factio prohibita est, quibus pater usumfructum habet, in reliquis bonis adventitiis, quæ pleno jure ad filium pertinent, ea permissa intelligitur. Accedit textus *in Nov. 117. c. 1. §. 1.* ubi filiofam. perfectæ ætatis de hisce bonis quo velit modo, disponere apertè conceditur. Præterea nec facit ratio prohibens testamenti factionem apud *Ulp. in Fragm. tit. de test.* §. 6. quoniam filiusfam. nihil suum habet. Ergò cum hoc casu omninò quid suum habeat, bona videlicet adventitia pleno jure sibi adquisita, cessante dicta ratione, & ipsa cessabit prohibitio. *Jo. Vaud. lib. 1. q. 1. Treutl. vol. 2. D. 11. th. 2. lit. A. ibiq. Hunn.* Verum hanc opinionem satis apertè impugnat, non tantùm *pr. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam.* ubi filiisfam. tantùm in castrensibus & quasi castrensibus jus testamenti condendi conceditur; sed etiam *l. pen. supra qui testam. fac. poss.* in quo textu Justin. hanc quæstionem expresse decidit, ubi filiumfam. etiam in iis adventitiis, quæ pleno jure possidet, testamentum facere non posse constituit. *Gloss. Br. & Dd. comm. ad l. qui in potestate. 6. ff. Qui testam. fac. poss.* Neq; argumentum hoc infringit, quod *in d. l. pen.* lex antiqua intelligenda sit ea ipsa, quam pater nuper promulgatam appellavit, videl. hanc *ipsam legem. ult inq, ea vers. hunc nr.* & quod quæstio ejus legis sit, an filiusfam. sine distinctione *h. l. nr.* testari possit de omnibus bonis, quæ patri non adquiruntur, sive cum patris consensu, sive sine eo filio quæsita fuerint. *Lockam. q. 210.* Neutrum enim ex his recipi posse videtur: non prius, quoniam verosimile non est: Imper. Constitutionem propriam, & quidem ante biennium fortè latam appellare legem antiquam, maximè eam, quam initio textus nuper promulgatam ipse dixerat; Neq; posterius, quoniam de bonis adventitiis, in quibus pater usumfructum habet, nec dubitatum fuit unquam, nec dubitari post *d. h. l. nr.* potuit, cum id ibidem satis expresse decisum sit; filiosfam. de iis tantùm bonis, in quibus pater usumfructum habet, testari non posse. Cum autem *ex d. l.* argumentatione vana colligi posset, de iis bonis adventitiis in quibus pater usumfructum non habet, quæq; adeò pleno jure ad filiumfam. pertinent, ipsum testari posse, hac Constitutione Justin. dubio huic occurrere & constituere voluit, legem antiquam sive jus

12. tabb

12. tabb. omninò servandum, ut filio ne in his quidem bonis testari liceat, veluti ex *d. l. pen.* diligentius inspecta, & cum *h. l. nr.* collata, cuivis haud obscure patebit: maximè si attenderit, rationem quoq;, quæ in castrensibus exceptionem & privilegium suasit, favorem videl. militiæ & literarum in hisce bonis omnino cessare. *Vult. ad d pr. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam. n. 11. ibiq. Harpr. n. 30. & seqq. Don. Comm. 5. Duar. ad tit. ff. Qui testam. fac. poss. pag. (mihi) 317. col. 2. Fachin. 5. Controv. 94. Treutl. vol. 2. D. 10. th. 2. lit. C. ibiq late Bach. Dn. Ungep. Ex. 8. q. 5. Tim. Fab. D. ad Instit. 19. th. 1.* Non obstat hic textus noster, quoniam responderi potest, non quidem eum per *d. l. pen.* tanquam legem posteriorem emendatum esse; quod *Duar. alleg. loco* existimat: Sed potius argumentum ex hoc loco petitum à contrario sensu esse, adeoq; contra expressos juris textus non concludere, *arg. l. 2. C. de condic. insert. Everh. in Top. loc. à contrario sensu. n. 6.* Vel quoniam hoc propter expressam particulam exclusivam, recipiendum non videatur. *Lockam. d. p. 210.* dici potest, particulas ejusmodi exclusivas, non excludere casus similes. *Everh. loc. à nat. dict. taxativ. n. 3. & 4.* Adventitiis autem, in quibus pater usumfructum habet, similia, quoad testamentariam dispositionem, sunt ea in quibus filiifam. plenum jus habent; cum ad testamentifactionem nihil intersit, utrum quis pleno jure Dominus, an usufr. penes alium constitutus sit, *arg. l. rectè. 25. ff. de V. S.* Deinde particulæ vel dictiones taxativæ firmum argumentum non præbent, si vel intellectus absonus, vel contrarietas inde resultet; ut hoc casu *hæc l. nostra d. l. pen. supra qui testam. fac. poss.* omninò foret contraria, per quam tamen Justin. argumentum, quod ex hoc textu peti potuisset, tollere voluisse, haud obscure colligitur. Deniq; *in h. vers. nr.* non tantùm testamentifactio sed tria conjunctim in bonis istis adventitiis prohibentur, videlicet: testari, alienare, & pignori vel hypothecæ dare. Unde sic rectè à contrario sensu, vel natura particulæ taxativæ (neq; enim hæ collectiones magnopere differunt) colligi poterit: Ergo in iis bonis, in quibus pater fam. usumfructum non habet, hæc tria, quæ modò diximus, non prohibentur, omnia simul & conjunctim; quod & verum est: nam alienare & oppignorare ejusmodi

bona non vetatur, sed testari de iis prohibetur, *per d. l. pen. supra. qui testam. fac. poss. Dn. Scip. Gent. de bon. matern. c. 27.* Sic quoq; non multum ad rem facit *d. Nov. 117. c. 1. §. 1.* utpote, quæ de administratione bonorum, non dispositione mortis causa aperte loquitur: id quod non tantùm Græcus textus, in quo verbum διοικεῖν, quod administrare, non διαθέσθαι, quod testari significat, extare testatur *Duar. d. loco.*; sed etiam ipsa decisio satis evincit, quippe quæ filiofam. perfectæ ætatis, id est, majori 25. annis dispositionem bonorum istorum permittit, minore verò eodem existente curatori tribuit: quod ad jus testamentorum sive testamenti factionem non pertinere, expeditum est. Neq; quicquam juvat, quod contrahere, & ex contractu obligari possit, *l. filiusfam. 39. ff. de O. & A.* qui autem contrahere potest, ei & mortis causa disponere concessum est, *vers. fin. Inst. de L. Fus. Can. toll.* Respondetur enim d. regulã non procedere, ubi diversa est dispositionis inter vivos & mortis causa ratio, quemadmodum hoc nostro casu, quo contrahere, & inter vivos disponere filiusfam tanquam paterfam. potest, *d. l. 39.* testari verò, & mortis causa disponere prohibetur, quoniam lex 12. tabb. tantùm patribus, non filiisfam. testamenti factionem concessit, juxta notissimum fragmentum; uti paterfam. legaverit super familia pecuniaq; sua, ita jus esto. *Pac. ad L. 12. Tabb. de jur. priv. c. 14. Adde Dn. Rittersh. de legib. 12. tabb. Class. 3. p. 3. c. 11.* Deniq; minus movet ratio testamenti factionem prohibens, *ex Ulp.* allata, quoniam ubi plures sunt causæ prohibitivæ, non statim unâ cessante, ipsa cessat prohibitio, *arg. §. affinitatis. 6. & §. seq. Inst. de nupt. Everh. loc. à cessante ratione. n. 4.* at hîc præcipua prohibitionis causa est, quod lex 12. tabb. ex qua testamenti factio descendit. *l. lege. 130. ff. de V. S.* patribusfam. non filiis jus testandi tribuerit, ut modo diximus. Deinde *in d. loc. Ulp. vocula* Suum, non ad proprietatem bonorum, sed ad jus familiæ, quod testamento relinquitur, pertinet, ut notat *Wesemb. ad pr. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* & ex superius relato fragmento legis 12. tabb. haud difficulter colligitur. Filiusfam. autem ne in his quidem bonis, durante patria potestate, ullum jus familiæ habet, aut in alium transferre potest. *arg. l. pronunciatio, 195. §. 2. ff. de V. S.*

Ad

Ad verſ. Ubi autem puerilis. &c.

Poſtquam de filiofam. perfectæ & ſecundæ ætatis, hereditatem vel ſine, vel cum conſenſu patris adeunte dictum, ſubjicit hîc Imp. quid juris ſit in filio, ætatis puerilis, ſive infante, quod videl. pater, cum filius infans non multum à furioſo diſtet, nullumque habeat intellectum, *§. pupillus. 9. Inſt. de inutil. ſtipul.* nomine filii hereditatem adire, ſibiq; uſumfructum. & filio proprietatem adquirere poſſit, *h. verſ. nr. l. ſi infanti. 18. pr. ff. de jur. delib.* hac tamen condicione, ut ſi filius pubes factus, aut patria poteſtate liberatus fuerit, ipſe in integrum reſtitutionem petere; patri verò hereditatem, cum omnibus oneribus relinquere poſſit, qui ſibi imputare debet, cur talem hereditatem adierit, *d. h. verſ. nr.* Quod ſi tamen ſemel per reſtitutionem petitam hereditatem repudiaverit, ad eam viciſſim adquirendam reſtituendus non eſt: ne aliàs leges eandem hereditatem ſæpius & amplecti & reſpuere cupienti ludibrio fiant, ut monet *Imper. h. verſ. noſtro.* Non obſtat *l. ait Prætor 7. §. reſtitutus. 9. ff. de minor.* ubi minor ſæpius ad adeundū vel abſtinendū reſtituitur. Reſpondet enim *Gloſſ.* hîc id hoc caſu propter reverentiam paternam, & ne leges ludibrio ſint, ſingulariter ita conſtitutum eſſe. *Adde Gloſſ. ad d. l. 7.* (in vulgata editione eſt 8.) *§. reſtitutus. de minorib.* Et hæc, quæ de filiofam. hactenus dicta ſunt, non tantùm in hereditatibus, ſed etiam legatis, fideicommiſſis, donationibus, aliisq; cauſis, procedunt, *verſ. quæ & in legatis* &c. *h. §. nr.* ubi enim eadem eſt ratio, ibi & idem jus meritò ſtatutum eſt, *l. illud. 32. ff. ad l. Aquiliam.*

Ad verſ. In ſervis autem

A regula de uſufructu in omnibus per filiumfam. acquiſitis conſervanda, excipitur etiam caſus iſte, ſi forte ſervi filiisfam. ex condicione, ut manumittant, legati vel donati fuerint; cum enim in ipſo momento manumittere neceſſe habeant, uſusfructus patri adquiri non poteſt, *h. verſ. nr.* Idq; ſive donatio in matrimonio (quoniam ejusmodi Servorum donatio, etiam inter conjuges fieri poteſt. *l. quod autem. 7. §. ult. ff. de donat. int. vir & uxor. l. maritus. 22. ſupra eod. tit.*) ſive ab extraneis facta fuerit, *d. verſ. nr.* Illud hîc obiter notandum, quod ea, quæ in momento fiant, magnopere attendi non ſoleant, monente *Bald. ad h. verſ. nr.*

## *AD TIT. ULT.*

### De hereditat. Decurion. navicular. cohortal. milit. & fabricens.

SI neq; liberi, neq; parentes, neq; collaterales, neq; conjux superfuerint, hereditas non ad fiscum, sed ad corpus sive collegium defuncti pertinet. Ita enim mortuo naviculario, hereditas ejus ad corpus naviculariorum pertinet, *l.1. h. tit. nr.* mortuo milite, ad legionem sive vexillationem, sub qua militabat, *l. 2. & 3. h. t. l. si quis. 6. & ejus. 7. in fin. ff. de injust. rupt. & irrit. testam.* mortuo decurione, ad curiam, in qua ipse fuerit. *l. 4. h. t.* & mortuo fabricensi ad corpus fabricensium devolvitur. *l. ult. h. t. nr.* Idem dicendum de hereditate consortis liberalitatis Imperialis,& ejus, qui se Ecclesiæ aut monasterio devovit. Illa enim ad consortem, *l. un. si liberat. Imperial. soc. &c. intr. lib. 10.* hæc ad Ecclesiam aut Monasterium pertinet. *l. si quis. 20 supra de Episc. & Cler. Auth. Ingressi. supra de SS. Eccles.* Quæritur hîc: An id, quod de militibus, fabricensibus, decurionibus. &c. constitutum, ad omnia collegia licita porrigendum sit? Ita sane visum *Dd & Bart. ad h. l. nr.* qui consiliario sine legitimis heredibus mortuo, non fiscum, sed ordinem consiliariorum succedere existimat. Verum nescio, an hoc recipi possit, cum aliàs frustra ab Impp. certa Collegiorum corpora hîc expressa fuissent: & sine lege loqui, erubescendum est, *Nov. 18. c. 5. Gloss. ad d. l. hîc Schneid. ad tit. de hereditat. quæ ab intestat. c. de success. fisc. n. 20. Hillig. ad Donell. 9. Comm. 1. lit. l.* Et hæc pro instituti ratione, de hac materia sufficiant,

## DEO SIT LAUS ET HONOR IN SEMPITERNUM.

# INDEX
## RERUM ET VERBORUM.

### A.



### B

 Con-

an

*I*



*an in*

*Maritus*

M.

Mutu

an

an

Spurius

vulga-

Testes

FINIS.